

**IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS
DAS DECISÕES JUDICIAIS:
ASPECTOS INTRODUTÓRIOS**

PROF. DR. ROGÉRIO GESTALEAL

Porto Alegre, março de 2010

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
DE MAGISTRADOS

Secretário

Marcos Rosas Degaut Pontes

Coordenadoria de Pesquisa

Rita Helena dos Anjos

Diagramação

Helder Marcelo Pereira

Revisão

Tayane Tássia Ribeiro Gomes

Capa

Taís Vilela

Impressão

Divisão de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do

Conselho da Justiça Federal

C435i Leal, Rogério Gesta.

Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais : aspectos
introdutórios / Rogério Gesta Leal. Brasília : ENFAM, 2010.

310 p.

ISBN

1. Direito. Direito Econômico.

CDU 33:34

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
PREFÁCIO	7
 PRIMEIRA PARTE: ANÁLISES TEÓRICO-FUNDACIONAIS DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA.....	 15
CAPÍTULO PRIMEIRO	
Algumas matrizes constitutivas do diálogo direito e economia	17
CAPÍTULO SEGUNDO	
As múltiplas dimensões da relação entre Economia e Direito.....	35
CAPÍTULO TERCEIRO	
Ordem Econômica e Constituição.....	83
 SEGUNDA PARTE: ESTUDOS DE CASOS CONCRETOS DE IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DAS DECISÕES JUDICIAIS	 111
CAPÍTULO QUARTO	
A Função Econômico-Social da Propriedade	113
CAPÍTULO QUINTO	
Mercado, Fornecedor e Consumidor	163
CAPÍTULO SEXTO	
Ordem Econômica e Meio Ambiente	193
CAPÍTULO SÉTIMO	
O custo social do Direito à Saúde no Brasil	234
CAPÍTULO OITAVO	
O serviço público no Brasil e seus impactos extra-normativos	264
BIBLIOGRAFIA GERAL.....	295

APRESENTAÇÃO

Brinda-nos o Prof. Dr. **Rogério Gesta Leal**, eminente Desembargador do e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com suas linhas propedêuticas acerca dos impactos econômicos e sociais das decisões judiciais, obra que tenho a honra de apresentar à comunidade jurídica, em nome da **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM**, que promove o lançamento deste volume, inaugural de uma série destinada ao aprimoramento do exercício da função judicante em nosso país.

Sobretudo pelo caráter vanguardista, porém, desde logo, essencial à doutrina pátria, destaca-se o presente estudo pela sua importância para a moderna disciplina *Análise Econômica do Direito (Law & Economics)*, da qual o insigne mestre desponta.

No trabalho, são abarcados temas de particular relevo para a reflexão dos magistrados brasileiros e estudiosos da ciência jurídica, haja vista o alto índice de crescimento das denominadas demandas de massa, com seus respectivos consectários processuais (recursos repetitivos, repercussão geral, súmulas vinculantes etc.) e efeitos econômicos decorrentes, sobre os quais o culto mestre discorre com destemor e propriedade.

Após expor com maestria as origens e as linhas mestras da disciplina, especialmente em **Posner**, discorre o autor com arguta percuciência a respeito das intercorrelações entre direito e economia, para, em remate, apresentar profícuo estudo de casos da realidade jurídico-econômica brasileira, levados a exame do Poder Judiciário, sobre os quais registra suas impressões de maneira profunda e elegante.

Em última análise, pode-se afirmar que conclama os Juízes à responsabilidade da toga – alertando sobre o risco de descrédito do próprio Poder Judiciário – ao desvendar as relações de tensão subjacentes à efetividade dos comandos constitucionais em contrapartida às possibilidades econômicas para a sua realização.

FÉLIX FISCHER
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

PREFÁCIO

O Prof. Doutor Rogério Gesta Leal, cuja obra – abundante, densa, desafiadora – é bem conhecida do meio jurídico lusófono, resolveu, nesta sua mais recente criação, conciliar com o quadro teórico-doutrinário propiciado pela Análise Económica do Direito ("*Law & Economics*") alguns temas que já tinha abordado de forma aprofundada, e nomeadamente:

- 1) a função social dos direitos¹,
- 2) o reflexo do funcionalismo jurídico dos "Direitos Sociais" nas instituições²,
- 3) a articulação da Teoria do Direito e da Teoria do Estado no âmago do novo constitucionalismo brasileiro³, e mais recentemente
- 4) o papel do "activismo judiciário" dentro deste panorama⁴.

A riqueza dessa conciliação fica muito evidente desde as primeiras linhas da obra, e a ela acresce a indesmentível actualidade do tema que toma para ponto focal do seu estudo: o dos impactos económicos e sociais das decisões judiciais.

Num primeiro momento, o leitor é familiarizado com as teses cruciais da *Law & Economics*, cuja relevância analítica é sublinhada até pelo modo muito simples e didáctico como elas são apresentadas – evidenciando o carácter primordial, já das relações entre Direito e Economia como actividades, já da sua sobreposição como objectos de ciências sociais afins.

¹ Veja-se as suas monografias *A função Social da Cidade e da Propriedade no Brasil; Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas*.

² Veja-se os seus estudos *Direito Urbanístico*; "Possíveis Dimensões Jurídico-Políticas Locais dos Direitos Cíveis de Participação Social no Âmbito da Gestão dos Interesses Públicos"; "A Efetivação do Direito à Saúde – Por uma Jurisdição Serafim: Limites e Possibilidades".

³ Veja-se as suas monografias *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos; Teoria do Estado: Cidadania e Poder Político na Modernidade*.

⁴ Veja-se as suas monografias *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: Uma Perspectiva Procedimentalista; Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil: Os Desafios do Poder Judiciário no Brasil*.

A segunda vertente da obra assenta no exame de decisões judiciais concretas, nas quais o autor revisita temas que já tratou "*ex professo*" anteriormente, e que têm em comum o constituírem áreas nas quais o impacto social e económico das soluções jurídicas, em particular na sua aplicação judiciária, mais fortemente se faz notar, e muito particularmente na nossa contemporaneidade, na qual não apenas a interconexão dos factores sociais deixou marca indelével, mas também a coesão das sociedades assenta, de modo cada vez mais vincado, no mínimo denominador comum dos interesses económicos.

O tom é sofisticadamente *pragmatista* – advertindo o leitor para a "*hubris*" em que incorre aquele que queira aventurar-se na "engenharia social" ou no "activismo judiciário" sem as munições da *lingua franca* em que se converteu a análise económica; aquele que "*nem sempre percebe que agrava os problemas que pretende corrigir*", refugiado que se encontra, tantas vezes, nas cidadelas inexpugnáveis do dogmatismo doutrinista, distanciado dos chamamentos e impulsos da luta pelo Direito tal como é travada pelo homem comum – com a sua linguagem e os seus valores limitados pelo âmbito dos seus interesses mais imediatos, os seus interesses económicos.

O moralista poderá sempre, irredutível, censurar este estado de coisas no qual se perdeu o norte da virtude e a exaltação da transcendência; mas no nosso mundo imperfeito e limitado, de seres de carne e osso, não nos surpreenderá que esses apelos às virtudes supererogatórias se percam na penumbra da irrelevância, ofuscados por uma outra axiologia muito menos ambiciosa e muito mais "pedestre" que tem, acima de tudo, o cuidado de não colocar os fins da acção moral fora do horizonte de realização do homem comum – esse mesmo que se presume ser o destinatário por excelência das modernas democracias.

Mas o tom da análise é também politicamente *pragmático*, mormente quando, por intermédio da análise detalhada das decisões judiciais, chama a atenção para os custos (sociais) dos direitos – mormente para o esforço e para as

perdas de oportunidade insitas em cada decisão de adjudicação de interesses (visto que cada decisão concreta "bloqueia" as possibilidades decisórias alternativas), para os desperdícios (ou seja, as perdas de incentivos à produção resultantes de uma decisão insensível à questão dos incentivos) e para os efeitos redistributivos de cada afirmação judicial de direitos (a denúncia da "indústria de liminares" é aqui particularmente eloquente, na medida em que dela transparece que nessa "indústria" a agressividade judicial garante proveitos, "rendas", no erário público, à custa dos grupos sub-representados mas contribuintes).

Não menos pragmaticamente se espelha, na análise de Rogério Gesta Leal, uma sabedoria pós-coaseana que adverte para a necessidade de se distinguir, no seio da própria análise económica, entre os conceitos de "*ótimo*" e de "*máximo*", sendo que a maximização indistinta gera invariavelmente *sub-ótimos* sociais.

Assim, nomeadamente, a maximização do acesso à justiça tende a gerar o congestionamento e o colapso da própria administração dessa justiça, vítima do excesso de acesso e da rivalidade no uso de meios escassos; mas o mesmo sucede – e aqui menos intuitivamente – com a maximização da própria eficiência na administração da justiça, o que novamente, incentivando a procura, suscitaria excesso de uso e novamente o colapso, num afloramento daquilo que poderá designar-se como "a maldição do sucesso" (aquilo que o autor designa por "*paradoxo da eficiência*"). O ótimo social encontrar-se-á, em suma, num meio-termo: numa justiça que não se transforme num peso-morto do aparelho produtivo, num entrave à actividade económica, mas que em contrapartida não transmita à sociedade a ilusão de uma justiça gratuita e inesgotável, que geraria o incentivo ao sobre-uso (à "sobre-judicialização") e provocaria o colapso.

A Análise Económica do Direito aponta aqui para uma solução conciliadora – e muito adequadamente indica-a como ótima: procura-se que da adjudicação judicial de interesses resulte uma afectação de recursos eficiente,

no duplo sentido de, por um lado, promover a circulação de recursos em direcção aos seus empregos mais úteis quando essa circulação não é espontaneamente promovida pelos mercados (por exemplo proferindo sentenças decalcadas daquele que teria sido o equilíbrio contratual, se tivesse havido contrato), e de, por outro lado, remover os entraves que possam subsistir a essa espontaneidade, contribuindo para a redução de custos (por exemplo definindo titularidades, ou fornecendo regras supletivas, de modo a facilitar a negociação); colocando, em suma, as instituições ao serviço do "*bom funcionamento do mercado*", e através dele ao serviço do próprio crescimento económico.

O autor não escamoteia os problemas mais amplos, e aparentemente mais intratáveis, da justiça distributiva e das falhas de mercado – aquelas situações em que a administração judiciária ou 1) fica refém de proclamações de direitos que, desligadas de uma sensibilidade aos impactos nos custos, permitem que grupos tomem de assalto recursos comuns, esgotando-os antes que todos os grupos possam ter o acesso a esses recursos que o Direito formalmente lhes garantisse (novamente ocorre o exemplo da "indústria de liminares"); ou 2) tem que procurar proporcionar à comunidade política o acesso a recursos a um nível que a espontaneidade dos mercados deixa aquém ou além do "ótimo social" (no primeiro caso por força de "externalidades positivas", no segundo por força de "externalidades negativas").

Indo um pouco mais longe, a reflexão de Rogério Gesta Leal coloca-o frontalmente, corajosamente, perante uma dúvida bem mais radical: a ponderação dos impactos económicos e sociais das decisões judiciais não deverá porventura admitir a possibilidade de o judiciário ser, não parte da *solução*, mas parte do *problema* de ineficiência e de injustiça nas sociedades contemporâneas? Não se trata aqui da tradicional e descarnada meditação sobre a "Crise da Justiça", mas antes de algo bem mais palpável e dilacerante – a possibilidade de "captura" do Poder Judiciário num jogo que utiliza a litigância como arma de arremesso e se serve dos adjudicadores como se se

tratasse de cúmplices na externalização de custos e na redistribuição de riqueza à margem de critérios consensuais de justiça social (tirando especial proveito da rigidez e previsibilidade que é induzida nos julgadores pelo formalismo positivista – um incentivo mais à sobre-judicialização).

O problema é tanto mais melindroso, note-se, quanto é certo que o combate a essa manipulação estratégica da litigância, a essa instrumentalização do judiciário, pode não se conseguir fazer senão através de restrições que podem, em contrapartida, ser consideradas verdadeiras denegações de justiça, ao arrepio da própria lógica do Estado e das bases mínimas da legitimação constitucional (qual o interesse de pertencermos a um Estado que pratica uma "denegação defensiva" da Justiça?).

De uma multidão de questões suscitadas pela leitura desta obra, destacaremos apenas mais duas:

Admitindo que uma avaliação consequencialista de impactos económicos e sociais das decisões judiciais visa à subordinação explícita dos critérios de justiça aplicados pelos tribunais a uma funcionalização "social", nomeadamente por imperativo constitucional, subsiste a questão de saber-se qual o melhor modo de "densificar" essa funcionalização: se através do Poder Legislativo, no âmbito de um debate político necessariamente abstracto e vulnerável ao doutrinarismo, à negociação partidária e à gestão eleitoral; se através do Poder Judiciário, também ele perigosamente exposto ao casuísmo, à "captura" pelos litigantes e até ao doutrinarismo que se abriga na ideologia do "activismo judiciário". Ao contrário do que poderia esperar-se, a Análise Económica do Direito não privilegia a segunda destas opções – até porque há muito transcendeu o confinamento inicial ao universo do "*Common Law*".

Em segundo lugar, cabe perguntar pela legitimidade da reapreciação, em nome da eficiência, de decisões judiciais tomadas em nome da justiça – e perguntar especificamente se isso não equivalerá, ao menos implicitamente, a arvorar o valor "eficiência" em instância superior à do próprio valor "justiça".

Essa pretensa tensão entre valores, carregada que está de simbolismo, não deve induzir-nos em erro:

Por um lado, aquela reapreciação significa singelamente que muitas proclamações de direitos, por solenes e grandiloquentes que sejam, não inventam para elas mesmas as suas próprias possibilidades de concretização, havendo limites cuja transgressão acarreta uma "*hubris*" trágica.

E por outro lado – e aqui a confluência de *pragmatismo* e de *Law & Economics* transporta consigo uma mensagem potencialmente revolucionária – a exaltação do valor "eficiência" pode também querer significar que, em sociedades crescentemente materialistas e abertas, é cada vez mais sensato reclamar-se uma comunidade minimalista de interesses partilhados como factor de coesão, admitindo-se que o agnosticismo prevaleça em tudo o mais: ou seja que, em perfeita consumação do ideário formalista dos velhos emancipadores do Iluminismo, vivamos em comunidades em que há espaço para a coexistência pacífica e frutífera entre pessoas que não partilham quaisquer valores aos quais possa ser associado qualquer conteúdo material de "justiça", mas que, não obstante, querem aproveitar a coexistência para, através da divisão social do trabalho, optimizarem os seus planos privativos de realização pessoal, apoiados num Direito que pouco se aventura para lá do "*neminem laedere*". Também aqui o moralista lamentará o "empobrecimento axiológico", mas os herdeiros do Iluminismo não deixarão, em contrapartida, de considerar um tal moralista como suspeito de paternalismo.

Esse mesmo agnosticismo partilhado – universalizado, globalizado, diríamos – é que, em nosso entender, redime a proeminência conferida ao valor "eficiência": porque nenhum pré-entendimento, nenhum subentendido, condiciona aquilo que, em cada momento político, social, histórico, possa emergir como avaliação consensual do que seja a "eficiência" – ainda que seja pacífico que o consenso se estibarà na partilha da *lingua franca* em que se converteu o vocabulário económico.

Que os tribunais, em vez de dificultarem, facilitem um gozo socialmente responsável da propriedade privada, que eles propiciem um desenvolvimento urbano sustentável em vez de o onerarem com uma canga burocrática, são objectivos que emergem transparentes de uma sindicância à *eficiência* do Poder Judiciário. E o mesmo se dirá do suporte às hipossuficiências que sejam detectáveis nas relações de consumo ou da reacção a impactos negativos da actividade económica no ambiente, na medida em que umas e outros configurem falhas de mercado a merecerem uma rectificação exógena – norteadas pela promoção da *eficiência*; e outro tanto nos impasses gerados pela escassez e pela necessidade de racionamento no exercício do "direito à saúde", malgrado os constrangimentos impostos pelos "custos dos direitos" no figurino abstracto do "catálogo de direitos fundamentais" (mais uma vez, sob pena de *"vitimização do Estado por seu próprio sucesso"*, às mãos de um *"superdiscurso social"*).

De tudo isto e muito mais, com grande abundância de exemplos concretos e de apoios na aplicação judiciária efectiva, se trata na obra que tenho a honra de prefaciar – a obra de uma voz actuante que encontra o fôlego, e o talento, para reflectir, e ao reflectir dar testemunho da sua época, das suas genuínas preocupações e da sempre renovada esperança de aprimoramento da prática através do diálogo com a teoria.

Fernando Araújo

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Lisboa, 18 de Fevereiro de 2010

PRIMEIRA PARTE

ANÁLISES TEÓRICO-FUNDACIONAIS DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

CAPÍTULO PRIMEIRO

ALGUMAS MATRIZES CONSTITUTIVAS DO DIÁLOGO DIREITO E ECONOMIA

I – NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo desenvolver neste tópico reflexões sobre algumas matrizes constitutivas do diálogo entre Direito e Economia no Ocidente, em especial a partir do século XX. Para tanto, pretendo me valer de marcos teóricos de movimentos oriundos da ciência econômica que pretenderam (e pretendem) avaliar a importância da ciência do direito na organização de mercados e de relações obrigacionais.

II – DEMARCAÇÕES PRELIMINARES SOBRE OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Quando falo de fundamentos teóricos da relação entre direito e economia, é importante deixar claro que estou me referindo a todos os movimentos e escolas que se ocupam de aclarar quais as razões de fundamentação e justificação dos argumentos que constituem os sistemas jurídicos, econômicos e seus ordenamentos, bem como os níveis diferenciados de operação pragmática de cada uma destas ciências, e neste sentido, aceitando a premissa de que tais razões são suficientes para viabilizar a função que ocupam no âmbito das relações sociais (ordenação, pacificação, previsibilidade de comportamentos, segurança, organização da produção, de mercados, de distribuição de renda, lucros e competências, etc.), aliás, o que se impõe como imperativo da Modernidade.

O problema é que estas particularidades dos sistemas normativos de conduta social não têm se mostrado capazes de assegurar os fins prometidos –

mesmo contando com o exercício da força física legítima do Estado, e suas ferramentas lícitas de controle e coação –, isto em face, de um lado, do alto grau de complexidade e tensionalidade que marcam as hodiernas relações intersubjetivas, institucionais e de poder das distintas comunidades nacionais e internacionais; de outro, porque as regras fáticas de mercado muitas vezes não obedecem as diretivas formas dos sistemas jurídicos.

Por tais cenários, é que Gary Minda pode falar de certo desencantamento das teorias do direito que não tem conseguido dar conta de compreender e promover o desiderato regulador das normas cogentes que se impõe ao convívio social. *Quando la teoria del diritto standard si è dissolta, o ha perso le sue illusioni, gli studiosi giuristi hanno guardato fuori dal diritto, all'economia, per ritrovare l'autorità perduta e l'autonomia del discorso giuridico. Tra tutte le scienze sociali, l'economia è stata il candidato più promettente ad offrire soluzioni corrette ai problema giuridici.*⁵

Vai um pouco nesta direção o clássico trabalho de Coase, em 1937, ao sustentar que discussão em torno dos direitos de propriedade e de organização industrial não se afigura como matéria exclusivamente jurídica, mas econômica também, propondo a reflexão sobre os chamados *custos de transação* dos negócios jurídicos, sendo que a principal razão para o estabelecimento de uma empresa é o fato de que ela proporciona meios eficientes para organizar a produção ao permitir a celebração de contratos de longa-duração, reduzindo assim os grandes custos provenientes das freqüentes negociações que são próprias destes cenários.⁶

5 MINDA, Gary. *Teoria postmoderne del diritto*. Roma: Il Mulino, 2006, p.141.

⁶ COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*. In: *Economica*, Vol. 4, No. 16, pp. 386-405, November, 1937. Nas palavras do autor (p.390): *The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of 'organizing' production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce*

Na seqüência de seus trabalhos, por certo que *o problema do custo social* vai inaugurar, a partir da década de 1960, preocupações mais sistematizadas deste diálogo Direito e Economia, ingressando inclusive este debate no ensino universitário, eis que em seguida (1964) Coase vai trabalhar com a disciplina de Economia junto à Universidade de Chicago.⁷

Após a Segunda Guerra Mundial, os desafios de superações das crises geradas por ela vão intensificar ainda mais aquele desencantamento em face das pautas formais de ordenação social, violentamente desrespeitadas por movimentos provocados pela reação do mercado das relações de produção ao agudizar as situações de exclusão social com os altos índices de concentração de capital e riqueza.

Na década de 1970, com a crise do petróleo e a manipulação de economias já em vias de globalização acentuada por ações especulativas de empresas transnacionais (sem compromissos com melhorias nas relações de trabalho e desenvolvimento social), a opção neo-liberal de liberdade absoluta às iniciativas de crescimento econômico explode em profusão, gerando inclusive matrizes de gestão pública governamental muito mais focada no bem estar deste modelo de economia do que na situação de dignidade e mesmo sobrevivência das pessoas atingidas por ele.⁸ Mesmo assim a relação Direito e Economia era complicada, basta ver-se a mensagem de Cooter⁹:

exchanges, a technique is devised for minimizing these contract costs but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced. A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one.

⁷ Estou falando do texto COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. In Journal of Law and Economics. 3(1), 1. 1960.

⁸ Neste sentido ver o texto de ARNOLD, Paul. M. *Conservative Crisis and the Rule of Law*. Ithaca: Cornell University Press, 2006, e o de GENN, Harold. *Administrative Law and Government Action*. Oxford: Clarendon Press, 2004.

⁹ COOTER, Robert D. *Diritto ed Economia*. In Rivista di Diritto ed Economia, vol. 03. Milano: Giuffrè, 1990, p.01. Cooter lembra que desde as fundações das primeiras

Quando negli anni sessanta Il rapporto ormai logorato tra diritto Ed economia há prodotto all'improvviso qualcosa di nuovo e di vitale, tutti si sono stupiti. Era come se due vecchi coniugi ormai distanti, riscoperta La passione di um tempo, avessero messo AL mondo um bel bambino. Appena Il bambino há cominciato a piangere e a strillare La maggior parte delle facoltà di diritto há preso Le distanze: "Non è diritto", "Le premesse non sono realistiche", "Niente di nuovo. Le solite cose trite e ritrite dette in um altro modo". Alla fine, però, negli anni ottanta, l'a

É interessante notar que a aproximação destas duas ciências se dá exatamente em face dos desafios que o mundo da vida cotidiano apresenta aos sujeitos históricos, na medida em que problemas envolvendo custos e receitas do mercado de atividade de subsistência ou mesmo de mercancia, se necessitam de tratamento matemático e econômico, também não podem dispensar cuidados para com as obrigações e negócios decorrentes da própria atividade produtiva. Novamente é elucidativa a lição de Cooter:

tica. La maggior parte dei giuristi non sapeva nulla di matematica, e anche ai pochi che ne capivano qualcosa raramente capitava di utilizzare l'analisi marginalistica, Il calcolo dell'equilibrio, la valutazione dei coefficienti di regressione; analogamente, gli economisti avevano poço a che fare com Il método problemático-casístico o com i commentari del Codice civile. Col diversificarsi delle tecniche, Il linguaggio Del

Apesar disto, venceu durante muito tempo os preconceitos antes referidos pelo autor, na medida em que, em especial os juristas, ainda na década de 1960, entendiam que as técnicas de mensuração quantitativa da realidade social propostas pela ciência econômica confundiam-se com os próprios conteúdos materiais desta realidade – e, por consequência, com os seus direitos –, não podendo a regulação normativa de comportamentos e condutas sociais pautadas por premissas deontológicas e axiológicas serem

universidades no Ocidente, as disciplinas de economia e direito eram dadas tanto nos cursos de filosofia como nos de economia.

reduzidas a dimensões quantitativas e exatas, matematicamente solvidas por cálculos e juízos objetivos.¹⁰

Na verdade, não se tratava de forçar relações diretas entre análises quantitativas econômicas do tecido social e sua regulação normativa, mas viabilizar a interlocução entre pensamento econômico e pensamento jurídico – perspectiva que também vai alavancar a importância para o Direito da Economia Política.

Assim, da mesma forma que os contabilistas poderiam contribuir com os juristas na leitura e na compreensão de um balanço contábil, da mesma forma a percepção que os juristas tinham em relação aos economistas era a de que eles poderiam auxiliar no que diz com questões atinentes, por exemplo, à legislação anti-monopolística, à regulamentação das relações industriais, ou a temas envolvendo densificação material dos efeitos das tributações, etc.

É paradigmático, pois, voltando à década de 1970, o surgimento de dois trabalhos envolvendo a relação entre direito e economia, a saber: a análise econômica do direito, de Posner¹¹; o estudo sobre os custos dos acidentes de trânsito de Guido Calabresi¹². Estes dois textos indicam expressamente a

¹⁰ Lembra Cooter que: *I professori di diritto sostenevano che il diritto non può essere quantificato. “È la matematica che apre la strada alla conoscenza”, rispondevano i professori di economia, e in privato aggiungevano di avere il dubbio che i giuristi non sapessero far altro che catalogare fatti, come se si trattasse di elencare i percorsi degli autobus a Roma.* Idem, p.02. Lembra Cooter que em Wisconsin, EUA, houve uma mais duradoura relação entre Direito e Economia em termos históricos, bem antes do século XX.

¹¹ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 2ª edição. Boston: Little, Brown & Co., 1977. Nesta obra, o autor trabalha com a lógica de que a teoria econômica deve ser avaliada pela sua capacidade preditiva, não sobre o realismo de suas prospecções e análises. É verdade que, mais tarde, no texto POSNER, Richard. *The problems of Jurisprudence*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1993, o autor americano se associa a um tipo de filosofia pragmatista, considerando a economia como instrumento e meio para prever o comportamento humano, o que poderia efetivamente ser utilizado pelo direito, em especial na demarcação destes padrões de comportamento fixados pela jurisprudência.

¹² CALABRESI, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilita civile: analisi economico-giuridica*. Milano: Giuffrè, 1975. 419p. Ver igualmente o texto de ADLER, Matthew D. &

intenção de se abrir algumas linhas de reflexão e pesquisa envolvendo as interfaces da ciência econômica e da ciência jurídica, ao mesmo tempo em que criou – na mesma senda – várias gerações de estudiosos jus-economicistas que professavam desde a necessidade de se abordar o direito a partir dos métodos científicos da economia, até visões mais pragmáticas que buscavam verificar em que medida a economia é útil para identificar observações empíricas sobre o comportamento jurídico.¹³

Ao lado destes dois, há ainda o interessante trabalho de Gary Becker, no sentido de demonstrar que há relações muito próximas entre situações econômicas contingenciais e problemas envolvendo questões jurídicas tais como de discriminação racial, organização familiar e prevenção de crimes.¹⁴

Tais perspectivas – em especial no âmbito da primeira geração da *Law and Economics* (LE) – colocaram em xeque a fé modernista da autonomia ou fundamentalidade do direito, sem, contudo, renunciar de forma absoluta a possibilidade desta ciência contar com verdades jurídicas universais. Mark Kelman, professor da Universidade de Stanford, observou que o chamado movimento da *Law and Economics*, em sua primeira fase, configurou-se como verdadeira ideologia jurídica liberal muito bem elaborada caracterizando a teoria moderna do direito dos juristas mais tradicionais.¹⁵

Por outro lado, concordando com Gary Minda, *la credenza nell'onipotenza e nella valenza liberatoria implicite nell'applicazione dell'analisi economica al diritto ha rivelato l'influenza duratura sia di Langdell sia di Holmes*

POSNER, Eric A. *Cost-Benefit Analysis: Economic, Philosophical, and Legal Perspectives*. Chicago: Chicago University Press, 2000.

¹³ Conforme DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. New York: Macmillan, 1990, p.51.

¹⁴ BECKER, Gary S. *A Treatise on the Family*. Cambridge: MA, Harvard University Press, 1991; e -----, *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

¹⁵ KELMAN, Mark. *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1987. Destacam-se aqui as personalidades de Ronald Coase, Gary Becker, Aaron Director, da Universidade de Chicago.

sulla prima generazione di giuristi economicisti.¹⁶ Ou seja, esta geração buscava substituir as incertezas da teoria do direito jusnaturalista por outra mais objetiva e segura, outorgada pelo positivismo liberal de ciências mais empíricas e mensuráveis. Para tanto, utilizaram o chamado modelo dos *atores racionais* do comportamento humano para analisar argumentos não econômicos envolvendo a discriminação, a família e o próprio direito.

*Questo modello assume che un attore sceglierà la linea d'azione che massimizzerà la sua utilità personale, la quale può, ovviamente, riflettere la preoccupazione per il benessere altrui. Si è ritenuto che il comportamento autointeressato e massimizzatore del profitto costituisca un indice affidabile dei principali fattori motivazionali dell'attività umana, anche del comportamento umano del diritto.*¹⁷

Neste cenário de idéias, a própria jurisdição ganha contornos de estrita legalidade em face da conformação gramatical da lei, com a seguinte lógica constitutiva:

*(a) Law is a rational, logical system. A formalist judge makes decisions deductively—that is, by drawing conclusions from premises according to formal rules of reasoning; (b) In deciding cases, judges are reinforcing and uncovering fundamental legal rules and principles; (c) Judges never make new law ... despite superficial appearances to the contrary, judges never determine what the law shall be. Judges are confined to saying what they believe the law consisted in before their decision, which is the mere application of it.*¹⁸

¹⁶ MINDA, Gary. *Teoria postmoderne del diritto*. Op.cit., p.144.

¹⁷ Idem, p.149. Este modelo de ator racional oportunizou a constituição de três conceitos fundamentais à análise do direito pela economia: (a) a *lei de oferta e procura*, que terá impactos materiais significativos nas relações intersubjetivas, notadamente em nível de negócios jurídicos; (b) a *lei do custo-oportunidade*, que vai sensibilizar os operadores do direito às circunstâncias que permeiam as relações jurídicas; (c) a *lei da eficiência econômica*, no sentido de que o uso dos recursos naturais e produzidos deve se pautar pelas possibilidades instituídas pelo mercado, gerando perspectivas demasiadamente redutoras do fenômeno social e jurídico às contingências do mercado.

¹⁸ TEBBIT, Mark. *Philosophy of Law: An Introduction*. New York, Routledge, 2005, p.52.

Aqui ganham força as lições de Langdell, no sentido de que jurisprudence is a deductive science, the point of which was to identify the general legal principles embodied in the reasoning and decisions of multiple cases, and to classify and arrange those principles, thus revealing them to be part of a system.¹⁹ De outro lado, para que esta dedução científica fosse válida no plano normativo, era preciso que os argumentos utilizados fossem válidos e logicamente consistentes – validade e logicidade estas forjadas a partir dos postulados legais instituídos.²⁰

No plano da análise econômica do tema, Posner chegou a afirmar que se afigura implícito na definição de homem moderno sua tendência de maximização racional do próprio interesse, a ponto de, caso o ambiente em que se encontra mude de modo tal que possa aumentar sua satisfação, isto opera mudanças no comportamento pessoal deste homem.²¹

Com base em tais premissas, o direito construído pela decisão judicial, por exemplo, deve maximizar o valor dos títulos jurídicos tomando como medida seus equivalentes monetários, razão pela qual a melhor interpretação judicial é aquela que maximiza o rendimento e o lucro, tendo na eficiência de mercado o critério normativo para avaliar o direito legítimo e o processo decisional jurídico efetivo. Ou seja, o direito deve ser eficiente.

¹⁹ LANGDELL, Christopher Columbus. *A Brief Survey of Equity Jurisdiction: Being a Series of Articles Reprinted from the Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.09. Na mesma direção vai outro clássico da literatura norte-americana, HOLMES Jr., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Paperback, 1991.

²⁰ Conforme Edward White: *A valid argument is one in which the truth of the premises would guarantee the truth of the conclusion; i.e., it is impossible for the premises to be all true and the conclusion to be false at the same time; A strong argument is one in which the truth of the premises would make the truth of the conclusion likely or probable; it is logically possible for the premises to be true and the conclusion false (so the argument is not deductively valid), yet the premises still provide some measure of evidential support to the conclusion*. WHITE, Edward G. *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*. New York: Oxford University Press, 2003, p.29.

²¹ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Op.cit., p.03. Posner considera que o interesse pessoal de cada qual não precisa coincidir, necessariamente, com sentimentos e percepções egoístas do mundo e das relações, uma vez que a felicidade da outra pessoa pode ser um componente de satisfação pessoal.

Significa dizer, em outras palavras, que devem os juristas colocar atenção em questões atinentes à regularidade das relações materiais envolvendo os sujeitos de mercado, para garantir-lhes segurança, certeza, previsibilidade e cumprimento de expectativas, do que se preocupar com problemas de justiça. Nas palavras de Mercurio e Medena:

Against the idea that law can be understood only through the use of traditional legal doctrinal concepts base on justice and fairness, economics counters that such understanding can be augmented (supplanted?) by economic concepts, including the criteria of economic efficiency. As such, the Economics in Law and Economics is a body of literature comprised primarily of the concepts within neoclassical microeconomics and welfare economics.²²

Mas qual a consequência política deste paradigma liberal e positivista que se impõe na década de 1970, fundada nos estudos de Coase? O questionamento incisivo das políticas públicas provocadas pelo Estado de Bem Estar Social, de natureza intervencionista nas relações econômicas e de mercado, em nome da equalização das diferenças sociais e da inclusão de maiorias marginalizadas pelo modelo econômico vigente, radicalizando ainda mais a influência do liberalismo conservador preocupado com a proteção incondicional da propriedade privada, defendendo uma teoria do direito que se ocupasse em fazer com que o direito garantisse e facilitasse as chamadas *escolhas livres* e os *contratos privados*.²³

Por isto é que Minda insiste na tese de que adottando la prospettiva di mercato di Coase, gli studiosi dell'analisi economica del diritto si sono

²² MERCURO, N. & MEDEMA, S.G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p.15.

²³ Neste sentido ver o texto de KENNEDY, David. *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: a critique*. In Stanford Law Review, vol.33, 1981, p.389. O autor adverte, entretanto, que Coase admitia a intervenção no mercado, todavia, somente quando o critério de eficiência estabelecido por este mercado falhasse, devendo o Estado facilitar o seu retorno.

inizialmente indirizzati a dimostrare che la regolamentazione statale dell'economia non è necessaria e che in alcuni casi è dannosa.²⁴

Por certo que está na base deste movimento também uma preocupação conservadora política e ideológica reativa ao ativismo judicial provocado pela Corte Warren nos Estados Unidos da América, implementador de direitos civis, políticos e sociais, gerando custos tremendos à economia capitalista e impactando as expectativas de lucro e renda da indústria e comércio desenvolvidos.²⁵

È da metade em frente dos anos 80 que vai surgir uma segunda geração da LE, refutando a pretensão cientificista do formalismo econômico da primeira geração, para adotar uma perspectiva mais pragmática, no sentido de reconhecer que a própria autonomia da análise econômica é limitada, razão pela qual a verdade, o conhecimento e a compreensão jurídicos não podem ser explicados a partir de uma perspectiva econômica objetiva, centrada em conceitos reducionistas de eficiência quantitativa dos mercados. Questa seconda ondata di dottrina giuseconomica ha contribuito a formare una scuola liberal di Law and economics, conosciuta come la New Haven o Reformist School.²⁶

Apesar disto, esta ondata da LE, com viés centrado no que se conhece como teoria das escolhas públicas (reduzidoras do ativismo judicial em face do conceito parlamentar de legitimidade exclusiva à ação político-legislativa), ainda é refratária à tendência pluralista e mais liberal que caracteriza o conceito de jurisdição democrática da era pós New Deal, a despeito de colocarem em dúvida

²⁴ MINDA, Gary. *Teoria postmoderne del diritto*. Op.cit., p.156.

²⁵ Ver o texto de HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Douglas and McIntyre Ltda., 1996.

²⁶ MINDA, Gary. *Teoria postmoderne del diritto*. Op.cit., p.161. Neste sentido ver também o texto de FISS, Owen M. *The History of the Supreme Court of the United States, Vol. 8: Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910 (Oliver Wendell Holmes Devise History... Supreme Court of the United States) (v. 8)*. New York: Cambridge University Press, 2006.

a eficácia da orientação de que a interpretação judicial deve ser objetiva e autônoma, livre das distorções políticas, como pregava a primeira geração.

Movimentos como a Legal Process School contribuíram muito – e têm contribuído ainda- para a aceção de que, em face do pluralismo axiológico e social contemporâneo, a legitimidade à produção política do direito (legislação) é da autoridade legislativa e não das cortes.²⁷ Nestes termos, os juízes deveriam exercer seus ofícios com níveis altíssimos de autocontrole normativo, deixando ao legislativo a solução de questões políticas e dos problemas substanciais de valores.

Neste período os economistas buscam compreender melhor, através do que chamam de economia da legislação e do comportamento do legislador, as organizações políticas e burocráticas que fazem escolhas coletivas recorrendo a modelos que pressupõem atores políticos concebidos como maximizadores dos interesses pessoais da comunidade.

Lewis Kornhauser, neste particular, propõe identificar a teoria da segunda geração da LE a partir de quatro premissas estruturantes: (a) Tese Comportamental, segundo a qual a economia pode oferecer uma teoria útil às predições do comportamento regulado pelo direito; (b) Tese Normativa, na qual o direito deve ser eficiente (sob a perspectiva de atingir resultados no menor espaço de tempo e com o menor custo); (c) Tese Fatual ou Positiva, que preconiza a estrutura e funcionamento da Common Law como a mais capaz de

²⁷ Neste sentido Bickel diz que: *The fundamental proposition of adherents of what came to be called "the legal process school" of American jurisprudence is that the legal system of the United States is best understood as being predominantly a structure of decision-making processes, and only secondarily a collection of particular substantive rights. This, it is claimed, is true as a descriptive matter: many apparently substantive rules will, on close analysis, prove to embody, or at least to have been profoundly shaped by, the requirements of process. More broadly, the structural elements of the system will prove to be rules allocating authority to make decisions among lawmaking institutions rather than rules defining substantive rights and duties.* BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New York: Macmillan, 2001, p.49.

alcançar a eficiência referida; (d) a Tese Genética, pela qual a Common Law seleciona normas eficientes, bem como cada norma individual deve sê-lo.²⁸

A partir de tais premissas, esta segunda geração da LE considera a atividade do juiz um exercício de análise custo-benefício nos seguintes termos: redução dos custos dos contratos; valoração dos riscos e maximização da riqueza. Assim, o magistrado tem a competência de efetivar verdadeira engenharia social, com preocupação específica de modelar o direito subjetivo e as responsabilidades decorrentes dele em nome da eficiente alocação dos recursos.²⁹ Em outras palavras, resta patenteado aqui a pressuposição de que o direito possa ser compreendido como um sistema racional de comportamentos individuais baseados sobre o interesse econômico. Vai nesta direção Minda, ao referir que tutti i giuristi concordano che il calcolo razionale dei costi e benefici individuali costituisce la chiave migliore per comprendere e valutare la natura dei rapporti giuridici e dei vari sistemi di norme.³⁰

O trabalho de Posner sobre os problemas da jurisprudência³¹ aponta já para outra direção, na medida em que se propõe a fazer uma releitura de Oliver Holmes sobre o direito comunitário³², no sentido de que esta seria uma abordagem nietzschiana e acertada do direito, na medida em que toma as questões morais da sociedade como relativas e seus saberes enquanto produtos de circunstâncias sociais espacial e temporalmente localizadas. Tal compreensão do direito acentua o caráter pragmático que vai formatando a LE,

²⁸ KORNHAUSER, Lewis. *Sequential decisions by a single tortfeasor*. New York: Preuss, 2000.

²⁹ Idem p.61.

³⁰ MINDA, Gary. *Teoria postmoderne del diritto*. Op.cit., p167. Aduz ainda o autor que *Gli appartenenti al movimento credono che le norme giuridiche siano come i prezzi, e che gli attori giuridici siano come consumatori perfettamente razionali*.

³¹ POSNER, Richard. *The problems of Jurisprudence*. Op.cit., p.239/244.

³² HOLMES, Oliver. *The Common Law*. New York: Macmillan, 2000. Ver também o texto de HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics: An Introductory Analysis*. Los Angeles: Academic Press, 2007. Ver também o texto de SUNSTEIN, Cass. R. *Behavioral Law and Economics (Cambridge Series on Judgment and Decision Making)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

bem como as aproximações de conteúdo integradoras de contribuições importantes que tanto a ciência econômica vai dar à ciência jurídica, como vice e versa.

Interessante a observação de Minda neste sentido, ao ponderar que:

*Anche il padre fondatore del movimento diritto ed economia, Richard Posner, ha ammorbidito la propria posizione economica sul diritto e sull'interpretazione giudiziale per adottare una prospettiva più filosofica. La sua difesa dell'analisi economica del diritto nel libro *The Problems of Jurisprudence*, per esempio, mostra uno spostamento dalla posizione teorica rintracciabile nel suo primo lavoro, *Economic Analysis of Law*, verso l'orientamento post-Chicago. Posner, il quale una volta sosteneva che il modo migliore per capire il diritto fosse guardarlo attraverso le lenti oggettive dell'analisi dell'efficienza, ora argomenta a favore di una forma di pragmatismo giuridico basata sull'idea che grandi cambiamenti nel diritto avvengono spesso come risultato di un processo non razionabile.*³³

Para Posner, a litigância no âmbito do direito comunitário poderia fortalecer ou enfraquecer os precedentes que conformam a linha de atuação e decisão dos Tribunais, mas não a ponto de revertê-lo completamente, uma vez que este sistema vem caracterizado por mudanças graduais e não abruptas.

Por outro lado, autores como Hacker, sustentam, com base na chamada Teoria da Dependência de Rota (*Path Dependence*), que o sistema do direito comunitário pode gerar, em face dos precedentes, resistências às mudanças jurisprudenciais, o que implica ônus quando as regras vigentes se apresentam divorciadas da realidade em que operam.³⁴ Quando isto ocorre, por certo que interesses e mesmo expectativas no âmbito dos negócios jurídicos se instabilizam tanto quanto no sistema romano-germânico.

³³ MINDA, Gary. *Teoria postmoderne del diritto*. Op.cit., p.170.

³⁴ Hacker, Jacob S. *The Divided Welfare State: The Battle over Public and Private Social Benefits in the United States*. New York: Cambridge University Press, 2002, p.24.

No texto *Overcoming Law*, Posner³⁵ vai radicalizar ainda mais sua perspectiva sobre a relação entre economia e direito, aproximando-se do que se pode chamar de neo-pragmatismo de índole rortyana³⁶, eis que, partindo da teoria da constituição e suas matrizes ideológicas (capítulo dois e três do livro), chega a uma avaliação filosófica e crítica da ciência econômica (capítulo cinco), concluindo que os projetos dos jus-economistas devem ter como base fundante as necessidades humanas e sociais, para além, pois, dos critérios objetivos e impessoais que tanto marcaram a primeira geração da LE.³⁷

Por essa razão, Posner e a segunda geração da LE se afastam da teoria do direito do formalismo jurídico – notadamente da idéia langdelliana de que o direito é como uma ciência –, para operar com outra perspectiva não tanto cientificista, o que os levou a estudar (inclusive com Coase³⁸) a importância das instituições e do comportamento econômico das organizações burocráticas no processo das relações de mercado e sociais.

É como se ocorresse aqui uma passagem sutil (da primeira geração da LE) de estudos baseados em uma teoria abstrata para análises institucionais

³⁵ POSNER, Richard. *Overcoming Law*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1995.

³⁶ Em especial a partir do texto RORTY, Richard. *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979, quando, dentre outras coisas, Rorty nega a possibilidade de existirem leis universais ou vínculos fundacionais capazes de governar a análise e interpretação modernas.

³⁷ Idem, p.387. Neste ponto, Minda refere que: *Il neopragmatista è più occupato a formulare approcci strumentali e pratici ai problemi che a scoprire il modo in cui le cose sono realmente. Se applicato all'analisi economica del diritto, l'atteggiamento neoprogmatista si interessa non tanto a sostenere l'oggettività e la coerenza giuridiche quanto a produrre risultati che "funzionino"*. MINDA, Gary. *Teoria postmoderne del diritto*. Op.cit., p.147.

³⁸ É de se lembrar a advertência de Posner sobre o fato de que, ao centrar atenção sobre a importância do chamado custo contratual nas relações econômicas, Coase rompe definitivamente com a perspectiva economicista da primeira geração da LE, que focava sua teoria econômica fundamentalmente no comportamento geral do mercado. Esta mudança de paradigma levou alguns juristas, inclusive, a sustentar que aqui se encontrou o gérmen à desregulamentação progressiva do sistema jurídico norte-americano. In POSNER, Richard. *Overcoming Law*. Op.cit., p. 61.

concretas³⁹, na qual a doutrina econômica serve para indagar como algo pode funcionar como solução para problemas reais (segunda geração), fazendo desta uma ciência aplicada.

O interessante nesta corrente conceitualista da primeira geração é sua tese de que formas puramente descritivas e positivas de análise das relações sociais e em especial as de mercado têm ajudado a esclarecer os custos de várias alternativas que poderiam ser escolhidas por aqueles que tomam decisões normativas e pragmáticas, deixando questões de índole moral no âmbito de escolha das instituições, sem necessariamente declinar pautas ou diretivas norteadoras.⁴⁰

Como já referi antes, o Posner, do *The Problems of Jurisprudence*, não vai acreditar mais na possibilidade de se encontrar uma solução correta no Direito, crendo que as intuições judiciais formatadas a partir de suas histórias profissionais poderiam garantir maior objetividade jurídica às decisões, sempre fundadas em níveis de racionalidade controláveis. Na verdade, a partir disto, a essência da decisão interpretativa do magistrado consiste em considerar as consequências de soluções alternativas que lhe proporcionem o sistema jurídico, eis que não há interpretação absolutamente correta.

Sem observar critérios radicalmente fechados de avaliação teórica, quero trazer agora algumas considerações posteriores a estas primeira e segunda fases da LE e que dizem com as contribuições que a chamada Nova

³⁹ Uma destas teorias mais conhecidas é a tida como Teoria Conceitualista, para a qual o modelo de comportamento racional do ser humano deve ser o centro neural de preocupação da ciência econômica, fazendo valer as seguintes premissas: (a) o que importa é a maximização do próprio interesse pessoal; (b) não há uma relação necessária entre interesse pessoal e egoísmo. Por outro lado, o modelo do ator racional derivou três grandes conceitos para esta teoria: (i) a lei da oferta e da procura; (ii) a definição econômica de custo; (iii) o uso dos recursos é pautado pelas regras de mercado, eis que, quando os recursos são endereçados ao seu uso no máximo valor, há eficiência. Idem, p. 151.

⁴⁰ Para este debate, ver o texto de WITTMAN, Donald A. *Economic Analysis of the Law: Selected Readings*. Massachusetts: Blackwell Publishers, 2007.

Economia Institucional (*New Institutional Law and Economics*) – NEI traz para o debate sob comento.

A NEI destaca em suas abordagens a importância do papel desempenhado pelas instituições e organizações sociais, operando com a lógica de que há interações contínuas entre normas e comportamentos formais e informais na realidade social, e tudo isto retroalimenta o sistema de direitos e de mercado.

Com lastro nas investigações de Douglas North⁴¹ e Oliver Williamson⁴², adotando ainda o conceito de racionalidade limitada de Herbert Simon⁴³, esta linha de pesquisa social rejeita a premissa de hiper-racionalidade das escolas econômicas neoclássicas, responsável pela geração de comportamentos maximizadores do bem estar e crescimento econômico equilibrado socialmente, acreditando que há falhas de mercado assim como há falhas organizacionais e institucionais, provocadas por níveis de tensões e conflitos incontroláveis entre pessoas (físicas e jurídicas) na realidade cotidiana.

Conforme a pesquisa de Bernardo Mueller⁴⁴, surgindo no âmago das discussões entre Direito & Economia, a NEI, somado ao interesse no efeito das leis sobre o comportamento dos agentes econômicos, chama a atenção também para outras instituições além da norma jurídica neste processo (veja-se que, no caso brasileiro, a economia informal é tão importante quanto a formal⁴⁵),

⁴¹ NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

⁴² WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

⁴³ SIMON, Herbert A. *Reason in Human Affairs*. Stanford: Stanford University Press, 1983.

⁴⁴ MUELLER, Bernardo. *Direitos de Propriedade na Nova Economia das Instituições e em Direito & Economia*. In *Direito & Economia*. ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel (organiz.). São Paulo: Campus, 2005, p.91 e seguintes.

⁴⁵ Raquel Sztajn e Basília Aguirre, no texto *Mudanças Institucionais*. In *Direito & Economia*. ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel (organiz.). São Paulo: Campus, 2005, p.237, lembra que: *Retomando o processo de mudança institucional, o formal é mais fácil de ser analisado do que o informal. Os atores são reconhecíveis, a arena é delimitada, as regras de decisão preestabelecidas, enquanto na mudança informal não é fácil identificar quais são os atores, quais as regras de decisão e quais as alternativas*

envolvendo costumes, tradições e hábitos não regulados necessariamente pelo Estado, mas incorporados em práticas sociais que impactam as relações formais. Assim, na dicção de Bernardo, a NEI visa explicar o que causa o comportamento efetivamente observado na Economia. *Grande parte dessa literatura busca explicar a realização e a persistência de resultados ineficientes como consequência da existência de instituições que não induzem os agentes a se moverem para pontos mais eficientes, como acontece no caso de direitos de propriedade mal definidos.*⁴⁶

Como quer Williamson, é preciso que as formas de governança tenham a consciência e desenvolvam ações para lidar com possibilidades futuras de rompimentos contratuais (de obrigações em geral assumidas pelo e no Mercado), tendo as organizações – dentre elas o Estado enquanto Parlamento, Executivo e Judiciário – a responsabilidade de coordenar e minimizar os custos de transação econômica, através de mecanismos que desenhem, monitorem e exijam o cumprimento das obrigações entabuladas.

Na mesma direção vai Douglas North ao sustentar que as instituições formais têm papel histórico e definitivo na configuração das relações de força que demarcam as possibilidades da história social, sendo que todas as imperfeições destas instituições implicam déficits funcionais e seqüelas severas nas comunidades em que operam. Ou seja, no caso específico do Judiciário, quando toma decisões que desestabilizam a ordem constituída espacial e temporalmente e as expectativas das pessoas (ou mesmo quando suas decisões têm dificuldades de efetivação), isto gera efeitos de descréditos esvaziadores da sua legitimidade democrática assim como dos demais poderes instituídos.⁴⁷

disponíveis. A gênese de cada um dos tipos de instituição explica por que as informais são mais resistentes às mudanças do que as formais. Um processo de mudança institucional formal pode ser desencadeado deliberadamente através de fóruns competentes. A mudança institucional não dispõe de arenas específicas.

⁴⁶ Idem, p.93.

⁴⁷ NORTH, Douglas C. *Structure and Change in Economic History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. A função das instituições para a NEI, portanto, é primordialmente

Ato contínuo, quero verificar em que medida as relações entre Direito e Economia vão se desenvolver a partir e para além desses marcos teóricos referenciais preliminares.

reduzir a incerteza nas relações sociais, bem como reduzir os níveis de conflito que elas forjam, sem, no entanto, inviabilizar as necessárias mudanças adaptativas que os movimentos de mercado induzem.

CAPÍTULO SEGUNDO

AS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DA RELAÇÃO ENTRE ECONOMIA E DIREITO

I – Notas Introdutórias

De pronto impende dizer que a pretensão desta abordagem tem como escopo trazer elementos teóricos e práticos que auxiliem a compreensão de quais as relações – necessárias ou/e contingenciais –, que existem entre Direito e Economia, notadamente no que diz com o momento de concretização particular do sistema normativo pela via da decisão judicial. Em face disto é que não se pretende constituir aqui um estudo definitivo sobre o tema, mas suficiente para auxiliar a compreensão dos magistrados – e do Poder Judiciário como instituição – sobre as implicações de natureza econômica das suas deliberações oficiais.

Para tanto, vou partir da premissa de que a análise Econômica do Direito já vem sendo explorada por várias linhas de pesquisas e investigações no Ocidente, dentre as quais destacarei a experiência norte-americana chamada *Law and Economics*, que tem efetivamente discutido sobre as dimensões econômicas de problemas jurídicos os mais diversos, notadamente a partir das pesquisas desenvolvidas por Guido Calabresi⁴⁸, Ronald Coase⁴⁹ e Richard Posner⁵⁰, e seus críticos⁵¹, a partir da década de 1970 até os dias atuais, com fortes ramificações na América Latina e inclusive no Brasil⁵².

⁴⁸ Ver o texto CALABRESI, Guido e BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation on tragically scarce resources*. London: Bustray & Norton, 2001.

⁴⁹ Em especial nos textos COASE, Ronald Henry. *Essays on Economics and Economists*. Chicago: University Chicago Press, 1984; *The problem of social cost*. In *Journal of Law and Economics*. 3(1), 1. 1960.

⁵⁰ Ver o texto POSNER, Richard. *How Judges Think*. Boston: Harvard University Press, 2001; e *Economic Analysis of Law*. New York: Jason Publisher, 2002. Mais recentemente, ver o texto POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Boston: Harvard University Press, 2004. Alguns veículos acadêmicos e de mercado têm sido utilizados para o aprofundamento deste debate hoje, tais como: (a) a *Review of Law and Economics*; (b) a

É a partir destes referenciais que tratarei, pois, do tema proposto, e o farei, primeiro, identificando rapidamente os marcos fundacionais das questões sublinhadas antes, para em seguida avaliar qual o estado da arte do debate hoje, sempre focando de que maneira este universo está presente no âmbito da decisão judicial, com a preocupação metodológica de propor constituir reflexões prescritivas, ou seja, que não apenas descrevam o estado das coisas em que se encontram, mas indiquem caminhos e formas alternativas de tratamento delas considerando o universo em que se encontram e a partir de requisitos e critérios previamente validados para tanto (no caso pelo sistema jurídico).

II – A força instabilizadora das decisões judiciais no âmbito das relações econômicas: perspectivas críticas

Nos últimos tempos tem aumentado em muito, em especial no Brasil, as pesquisas e estatísticas atinentes aos *danos* causados por decisões judiciais no que diz com a segurança jurídica das relações negociais (contratuais, obrigacionais, etc.), e seus consectários, tais como a certeza, a previsibilidade, a estabilidade dos atos e fatos jurídicos – quase como uma reivindicação de observância extrema e incondicionada do *pacta sun servanta*. Vale a pena

Elgar Companion to Law and Economics, compilação Elgar de *Law and Economics*; (c) *European Journal of Law and Economics*, Revista Européia de *Law and Economics*; (d) o *Journal of Empirical Legal Studies*.

⁵¹ Por certo que tenho em conta aqui a predominância, nestes autores, de uma perspectiva radicalmente *eficientista* (pautada por regras internacionais de mercado, como quer PARETO, Wilfredo. *The Rise and Fall of Elites: An Application of Theoretical Sociology*. New Jersey: Transaction Publisher, 1991, e o clássico PARETO, Wilfredo. *The Transformation of Democracy*. New York: Macmillan, 1990), com fundamentos na economia neoclássica e no neoliberalismo (neste ponto ver o texto de ZERBE, Richard O. *A foundation for Kaldor-Hicks efficiency in law and economics: on the kindness of strangers*. Los Angeles: Partonn Publischer, 2000), em detrimento de uma perspectiva mais eqüitativa e solidária, a ser desenvolvida por outros pensadores como SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, e SEN, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

⁵² Ver os trabalhos desenvolvidos pela Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia (ALACDE): <http://www.alacdebrasil.org>.

atentar às palavras de Pêrsio Arida no particular, revelando exatamente as percepções neoliberais de Estado, Mercado e Jurisdição que vigem nestes dias:

Do ponto de vista da racionalidade econômica, o princípio fundamental do Direito é o do pacta sunt servanda. No entanto, o respeito aos contratos, tal qual entendido pelos economistas, tem sido relativizado pelas mudanças na hermenêutica jurídica decorrente do predomínio de constitucionalistas sobre civilistas. Na nossa história recente, a introdução, no texto constitucional e no Código Civil, de conceitos como função social da propriedade privada ou a boa fé objetiva, sem que tenham sido acompanhados de uma jurisprudência coerente e consolidada que permita antever seu impacto sobre as decisões dos juízes em casos de litígio, certamente dificulta o respeito aos contratos tal qual concebido por economistas.⁵³

Em matéria publicada já no ano de 2006, no Correio Brasiliense, revelou-se que a insegurança causada por decisões judiciais morosas, revisionistas de negócios jurídicos entabulados, custaria ao país de 0,8% a 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB), o que significaria, em termos de crescimento econômico, caso existisse estabilidade nas regras, respeito a contratos e a Justiça fosse mais rápida e eficiente, em vez dos estimados 2,5%, 3,3% a 4% no ano de 2006.⁵⁴

Na matéria, referiu o Presidente do Instituto Tendências de Direito e Economia, Prof. Gesner Oliveira: O efeito desse clima geral de insegurança para a atividade econômica é direto. Com a rentabilidade ameaçada, os investimentos caem, reduzindo a possibilidade de crescimento econômico, pois,

⁵³ ARIDA, Pêrsio. *A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma*. In Revista Direito GV, nº1, vol.1. São Paulo: FGV, 2005, p.07. Aduz o autor ainda que *O efeito destes desdobramentos foi diminuir a “calculabilidade” dos contratos, criando um elemento adicional de risco e incerteza na avaliação de seus efeitos. É como se o cumprimento dos contratos pudesse ser estagnado nos termos gramaticais em que ele fora forjado, afastando o tempo e o espaço histórico em que ocorre de sua constituição – o que, vale dizer, afasta a possibilidade de situações imprevisíveis que lhes acometam (rebus sic standibus).*

⁵⁴ Correio Brasiliense, edição de 03/01/2006, matéria intitulada *Os riscos da Insegurança Jurídica: Lentidão da Justiça e temor de quebra de contratos afastam investidores e prejudicam o país.*

pelos seus cálculos, à época, removidas as dificuldades nesse campo, a taxa de investimentos no país poderia saltar de 20% do PIB para mais de 23%, e contribuir para elevar a expansão econômica em 1,5% do PIB.

Por certo que atos de governo contribuíram muito para tal cenário, dentre os quais se podem destacar a intervenção no Mercado por parte das agências reguladoras, alterando-se as regras de reajuste de tarifas de energia elétrica e telecomunicações, revisando contratos de concessão, e não definindo a regulamentação dos setores de infra-estrutura, sem falar no contencioso gerado pelos planos econômicos anteriores ao Plano Real.

De qualquer sorte, o que se evidencia na pesquisa realizada é que foram os fatores da chamada lentidão da Justiça em decidir questões públicas e privadas, a imprevisibilidade das sentenças e a falta de unidade no entendimento jurisprudencial destas e de tantas outras questões estratégicas à economia, os responsáveis significativos pela má formação de um bom ambiente para a atividade econômica, retirando daí a conclusão da necessidade de reestruturar o Judiciário. Calha aqui a advertência que fez sobre a matéria o economista Gustavo Franco:

Os economistas não trabalharam sozinhos nos “pacotões”, os quais, por sua vez, geraram injustiças e desequilíbrios, difíceis de arbitrar, mas também incontáveis tentativas, no plano judiciário, de se extrair vantagens indevidas, ou de se recuperar “perdas” imaginárias, especialmente da Viúva, sempre culpada, e amiúde ineficiente na defesa de seus interesses. As demandas judiciais movimentaram bilhões e bilhões, com honorários proporcionais, assim alimentando uma próspera indústria que se sustenta sobre o afastamento entre a Economia e o Direito, e que será sempre obstáculo à convergência das disciplinas.⁵⁵

⁵⁵FRANCO, Gustavo H. B. *Celebrando a Convergência*. In <http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/Prefacioeconomia.htm>, acessado em 08/01/2009. Ver o estudo de SADEK, Maria Tereza (organizadora). *A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: Resultados da Pesquisa Quantitativa*. In Uma Introdução ao Estudo da Justiça. Rio de Janeiro: Editora Sumaré, 1995.

Uma das razões para que isto venha ocorrendo é, por certo, concordando com Gustavo Franco, o fato de que magistrados não versados em complexos temas econômicos tiveram de decidir questões difíceis e também produziram a sua cota de erros e exageros. *Na verdade, quando a Justiça ignora as leis econômicas, pode fazer tanto estrago quanto o economista “pacoteiro” em sua sanha redentora. Ao afastarem-se da Lei munidos do ideal de corrigir os problemas econômicos no varejo, tal como os percebem, a Magistratura nem sempre percebe que agrava os problemas que pretende corrigir.*⁵⁶

Também no ano de 2006, figuras como Armando Castelar Pinheiro, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sustentavam que a reforma feita pelo governo Lula neste setor em especial tinha méritos, como a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que exerce o controle externo, e da súmula vinculante, com a qual o Supremo Tribunal Federal (STF) unifica as decisões. Dizia ele: *Mas é preciso impedir que as inovações caiam no vazio. O conselho tem dificuldades de fazer valer as suas decisões, como a do fim do nepotismo. A súmula vinculante ainda não foi usada.* Em face disto, defendia o pesquisador mudanças infraconstitucionais, como as alterações na legislação processual, com o objetivo de reduzir o número de recursos possíveis, acelerar a tramitação dos processos e se concentrar nas decisões de mérito.⁵⁷

Coincidência ou não, estas manifestações e pesquisas fizeram com que – desde o governo FHC, é verdade – as reformas que se tem assistido no Sistema de Justiça Nacional ocorressem sem maiores debates dos envolvidos diretamente nele (juízes, promotores, advogados, procuradores, defensores públicos, etc.).

De outro lado, considerando que ao longo de um processo judicial há procedimentos intercorrentes e regulares, como o caso das medidas de

⁵⁶ Idem, p.02.

⁵⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados.* In http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf, acessado em 08/01/2009.

urgências (liminares, tutelas de urgência, cautelares), passou-se igualmente a criticar a chamada *indústria de liminares* como a grande vilã no âmbito das decisões judiciais impactantes da economia e dos mercados, envolvendo, por exemplo, a postergação nas decisões de licitações públicas, o funcionamento ilegal de atividades que caracterizam concorrência desleal, postergação de recolhimento de tributos, e outros. Ao mesmo tempo, é graças a estas medidas acautelatórias que se tem enfrentado, a título de ilustração, os casos de suspensão de processos licitatórios com atraso na execução de obras que, ao depois do devido processo legal, percebe-se que foram utilizados para fins de negociação dos perdedores com os ganhadores, assaltando os cofres públicos.

Dois casos conhecidos nacionalmente no Brasil foram os dos postos de combustíveis e dos bingos. Nesses casos, com a agravante de que houve corrupção e compra de sentenças em algumas situações, a concessão de medidas de urgência efetivamente gerou uma série de inseguranças jurídicas envolvendo uma rede/cadeia de produtores e comerciantes muito grande, que por sua vez prosperou com grande volume de investimentos e geração de empregos.⁵⁸

Veja-se a perversidade da situação quando analisada pela lógica simplesmente estatística ou matemática de circulação de riqueza no mercado, já que se a venda de combustíveis adulterados provocou prejuízos aos donos dos automóveis, operou como contrapartida a melhoria da receita das oficinas de conserto destes veículos.

David Weisbrot, presidente da Comissão Australiana de Reforma do Judiciário e autoridade mundial em reforma judiciária, tem sustentado que os problemas que afetam o Judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento, traduzindo-se em justiça morosa e, por vezes, parcial ou

⁵⁸ Tente-se imaginar o impacto econômico do dinheiro gasto pelos jogadores nos bingos, o que era feito com o mesmo e o que passou a ser feito depois que a atividade foi proibida. No caso da distribuição dos combustíveis, o problema foi (ou é) a concorrência desleal, fazendo com que multinacionais tradicionais reduzissem as suas atividades no país.

imprevisível, prejudicam o desempenho econômico desses países de diferentes maneiras. Segundo ele, a proteção insuficiente dos contratos e dos direitos de propriedade diminui a abrangência da atividade econômica, desencoraja os investimentos e a utilização do capital disponível e, por fim, mas não menos importante, distorce o sistema de preços ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios.⁵⁹

Não foram diferentes as conclusões do Relatório de Desenvolvimento Mundial do Banco Mundial (*World Development Report 1997*), tratando do tema o Estado num mundo em mudança (*The State in a changing World*), destacando que três características há em um bom judiciário: independência; força, i.e., instrumentos eficazes para implementar suas decisões; e eficiência gerencial.⁶⁰

O consultor Internacional de Justiça Robert Sherwood, autor da pesquisa, em âmbito mundial, sobre o impacto econômico do funcionamento do judiciário, tem ressaltado que, se o Judiciário funcionasse bem no Brasil, os investimentos estrangeiros aumentariam em 12% e o emprego cresceria 18%, afirmando que um passo fundamental para reformar o Judiciário é estudar, com profundidade, as influências do trânsito judicial para fora, ou seja, dos impactos que as decisões judiciais provocam nos diversos setores da economia e da sociedade. Ele ressaltou que certas mudanças, como, por exemplo, o controle do Executivo por parte do Judiciário, não custariam nada e significariam um grande crescimento, ao passo que a instalação de varas especializadas em diversas áreas estratégicas do desenvolvimento do país – como meio ambiente,

⁵⁹ http://www.ih.com.br/prt_cn_juridico.php?Ntx_id=1079, acessado em 13/01/2009.

⁶⁰ WORLD BANK. *The State in a changing World*. In *World Development Report 1997*. New York: Oxford University Press, 1997. Dentre outras informações, o relatório dá conta de que um processo leva em média 1500 dias para ser concluído em países como o Brasil e o Equador, contra apenas 100 dias na França.

recuperação de empresas, relações de consumo, etc. –, o que requer um maior investimento, poderia auxiliar neste processo.⁶¹

Esqueceram estes pesquisadores de outras variáveis que igualmente contribuem para estes cenários desenhados, a saber: (a) a associação negativa e significativa em termos econômicos e estatísticos entre corrupção (pública e privada), de um lado, e investimento e crescimento (também público e privado), de outro; (b) o fato de que a instabilidade das leis e das políticas reduz as taxas de crescimento econômico. Tais fatores nada tem a ver com o Judiciário, e provocam os danos que é de todos conhecido em qualquer economia nacional e internacional.

Só para resgatar dados não tão antigos assim, em pesquisa realizada no ano de 2006, o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial – ETCO, publicou uma pesquisa chamada *Análise Justiça*, fazendo diagnósticos do Poder Judiciário brasileiro a partir do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Dentre outras informações, este trabalho deu conta de que nos últimos 50 anos enquanto a população brasileira triplicou por três (03) vezes, o número de processos judiciais aumentou em oitenta (80) vezes, chegando ao número absurdo de dezessete (17) milhões de processos anualmente distribuídos nos mais diversos tribunais do país.⁶²

Quando aqueles números são avaliados por regiões do país, percebe-se que a taxa de processos por habitantes nos Estados mais ricos do Sudeste brasileiro chega a dez (10) vezes maior do que o dos Estados do Norte, sendo o Governo o maior usuário dos serviços judiciários. Por outro lado, questões envolvendo temas macro-estruturais da República ficam emperradas nas malhas do Poder Judiciário, dentre as quais: (a) a reforma do aeroporto de Congonhas, em São Paulo (com discussão judicial de 07 anos); (b) as obras de duplicação da rodovia BR-163, entre Mato Grosso e Pará; (c) as obras da

⁶¹<http://inovabrasil.blogspot.com/2008/06/robert-sherwood-analisa-lei-de-inovao.html>, acessado em 13/01/2009.

⁶² ETCO. *Análise Justiça*. São Paulo: Análise Editorial, 2006, p. 14.

hidrovia Araguaia-Tocantins; (d) obras envolvendo infra-estrutura portuária e hidrelétricas as mais diversas; etc.⁶³

Ao lado destas pesquisas quantitativas, há indicadores históricos da década de 1990 indicando a percepção social da cidadania brasileira sobre o Poder Judiciário, conforme lembra Castelar Pinheiro, envolvendo consulta levada a cabo pela Vox Populi em abril de 1999, mostrando que 58% dos entrevistados considerava a Justiça brasileira incompetente, contra 34% que a julgavam competente; 89% afirmaram ser a Justiça demorada, em contraste com os 7% dos entrevistados que responderam ser a Justiça rápida. Na mesma direção foi a pesquisa publicada pelo IBGE em 1990, evidenciando que dois em cada três brasileiros envolvidos em conflitos preferiam não recorrer à justiça. Numa outra pesquisa, feita pelo Ibope em 1993, 87% dos entrevistados diziam que *o problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça, que é lenta*, e 80% achavam que *a justiça brasileira não trata os pobres e ricos do mesmo modo*.⁶⁴

Mas veja-se algumas outras aproximações que se possam fazer entre Direito e Economia.

II – Matrizes fundacionais da relação entre Direito e Economia

Sem sombra de dúvidas que a relação entre Direito e Economia não é nova, eis que sempre esteve presente nos debates que envolveram a própria conformação dos sistemas normativos ao menos no Ocidente, basta atentar para o desenvolvimento do Direito Romano no que tange às proteções dos negócios jurídicos envolvendo a propriedade e as relações parentais – notadamente nos aspectos da transmissão da herança –, evidenciando uma das

⁶³ Idem, p.17.

⁶⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados*. In “Reforma do Judiciário: Problemas, Desafios e Perspectivas”. São Paulo: IDESP, 2001, p.04.

funções preambulares do jurídico nas relações sociais, a saber, a regulação de interesses de ordem econômica e patrimonial.⁶⁵

O problema é que, ao menos até a segunda metade do século XX (pelo menos), as questões econômicas que tocavam os temas jurídicos o faziam de forma intercorrente ao processo formativo das ordens normativas – no processo legislativo, por exemplo –, através dos lobbies do Mercado e dos segmentos organizados da Sociedade Civil, além é claro dos setores hegemônicos e burocratizados do Estado-Governo, seja para atender interesses ideológicos dos seus fins programáticos, seja para buscar a proteção de objetivos corporativos instalados na administração estatal pelo processo de privatização do público.⁶⁶

Mas por que é na segunda metade do século XX que a relação entre Economia e Direito toma mais relevo? Pelo fato de que o processo de exclusão social e da marginalização provocado pelo modelo de crescimento econômico, dissociado do desenvolvimento social que marca este momento do capitalismo, vai gerando uma série de mazelas sociais que precisam ser de alguma forma gerenciadas – mesmo que com paliativos governamentais.

Advém daqui, por exemplo, um dos principais fatores de ampliação e concentração de força por parte do Poder Executivo nos Estados ocidentais, eis que chamou para si responsabilidades de atendimento das demandas sociais emergentes em face das contingências detectadas, em detrimento, é certo, do Poder Legislativo (que se ocupou de questões mais fisiológicas do que legiferantes dos espaços público e privado)⁶⁷.

Talvez se possa dizer que, em verdade, é toda uma concepção de Estado que entra em mutação a partir daquele período histórico, caracterizado por seus matizes mais sociais e compromissados com o restabelecimento de

⁶⁵ Conforme NICHOLAS, Barry. *An Introduction to Roman Law*. New York: Oxford University Press, 1975, p.39.

⁶⁶ Aprofundi esta discussão em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁶⁷ Sobre o tema especificamente, ver SANDULLI, Armando Mantinni. *Stato di Diritto e Stato Sociale*. Napoli: Giappichelli, 2004, p. 39 e segs.

equilíbrios necessários em face das diferenças gritantes e desestabilizadoras de uma ordem mínima de civilidade. Isto não implica um único modelo de Estado Social, mas vários, eis que se formam ora com viés mais paternalista e assistencialista (tal qual o modelo de Estado Getulista no Brasil), ora com feições mais curativas e compensatórias (tal qual o *Welfare State* e o *L'État d'Providence*), ora com natureza de classe social (tal qual o Estado Soviético)⁶⁸.

Da mesma forma e no mesmo período, pode-se perceber uma ampliação de perspectiva funcional do Poder Judiciário, pelas mesmas razões supra referidas, eis que, conseqüentemente, os níveis de tensão e confronto de interesses se avolumam. Mas que tipo de Poder Judiciário vai se forjar a partir deste entorno? Respeitadas as variáveis de um ou outro modelo de Estado anteriormente referido, pode-se afirmar que surge um Estado-Juiz mais compromissado com a manutenção da pacificação das relações sociais, o que não implica compromisso com a mudança estrutural das relações de força mantidas nesta sociedade, e sequer reflexão acurada sobre as formas de sê-lo diante dos impactos múltiplos (econômicos, dentre eles) que tal comportamento gera. Mas quais os efeitos práticos deste compromisso então?

Em primeiro plano, um Judiciário que vai se ocupar mais do tema que envolve a independência dos poderes entre si e das formas de controles do exercício destes poderes pelos diferentes órgãos da Administração Pública e do Legislativo. Em segundo lugar, um Judiciário que vai operar mais no âmbito preventivo das violações de direitos individuais e coletivos, dando maior

⁶⁸ Neste sentido, ver a excelente abordagem que faz do tema SERRANO, Rafael de Agapito. *Estado Constitucional y Proceso Político*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999, p. 23 e segs. Vale lembrar que quase todos estes modelos distintos de Estado tinham de comum um caráter muito mais protecionista e paternalista do que emancipador, eis que a condição da cidadania aqui ainda se revelava de extrema passividade recalcitrante do que de participação criativa. Na mesma direção, ver: CABELLERÍA, Marcus Vaquer. *La acción social: un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho*. Valencia: Instituto de Derecho Público, 2004; e, ainda, LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, n. IV, Santa Cruz do Sul, 2004, p. 959.

efetividade à jurisdição como espaço de garantia e concretização das regras formais estabelecidas pelo sistema jurídico como um todo, volto a dizer, sem muitas preocupações com o custo econômico disto⁶⁹.

É interessante como estes diferentes períodos históricos (a primeira e a segunda metade do século XX) vão ser paradigmáticos tanto à Economia como para o Direito. Na dicção de Cristiane Coelho:

A história do desenvolvimento da Análise Econômica do Direito é usualmente contada sob a perspectiva de uma sensível separação entre um primeiro período de pesquisas, compreendido entre 1940 e 1950, e a fase instaurada a partir de 1960, que veio hoje a refletir o núcleo central de trabalho da Escola da Law and Economics. Ressalta-se que a “velha” Escola centrava seus estudos em campos do Direito eminentemente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste, o Direito Comercial, o Direito da Regulação e o Direito Tributário, mas que em 1960, uma “nova” Escola rompe com essa tradição, ao utilizar a análise econômica para explicar e criticar regras legais que não tão obviamente comportavam uma dimensão econômica, como, por exemplo, as regras contratuais, regras de responsabilidade civil, e, até mesmo, regras de Direito Penal e processual. Essa separação entre a “velha” e a “nova” Escola, entretanto, não deve ser entendida como uma ruptura, mas sim como um desencadeamento lógico da primeira em direção à segunda, como se demonstrará.⁷⁰

Se de certa forma as preocupações econômicas estavam centradas na primeira metade do século XX em questões bastante pontuais de funcionamento do mercado econômico, inclusive buscando discutir a regulamentação propriamente dita daqueles segmentos (Direito Antitruste, o Direito Comercial, o Direito da Regulação e o Direito Tributário), no intento de afastar a *intromissão* do Estado em tais setores, para que a mão livre do mercado o fizesse, há uma guinada brusca a partir da segunda metade do

⁶⁹ Cf. VANOSSI, Jorge Roberto. *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Eudeba, 2000. Ver, também, o trabalho de ARANGO, Rodolfo. *Derechos, Constitucionalismo y Democracia*. Colombia: Universidad Esternado de Colombia, 2004.

⁷⁰ COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. In *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers*. Berkeley: University of California. Julho de 2007, p.03.

mesmo século, provocada, por certo, pelas mesmas razões que fizeram com que o Direito sofresse tantas mutações de sentido e aplicação. É a economia na sua dimensão política, interagindo com as demais ciências no sentido de verificar de que forma questões atinentes a sua ordem de preocupações dizem respeito ao evoluir de outras áreas do conhecimento e da realidade social.⁷¹

Assim, pois, não me interessa discutir aqui os fundamentos políticos, filosóficos e sociais da constituição das regras do Mercado e seus hegemônicos operadores (empresas nacionais e internacionais, capital interno e externo, corporações financeiras, etc.), visando à racionalização minimizadora de recursos em face da maximização de lucros, mas tão somente em que medida a economia enquanto ciência pode contribuir no processo de maturação e desenvolvimento quantitativo e qualitativo do sistema jurídico e de justiça.

Uma das mais perceptíveis mudanças de operação das economias de mercados (nacionais e internacionais) que se tem sentido nos últimos tempos diz com o problema da sustentabilidade ambiental da atividade produtiva (aqui não entra, é claro, as novas experiências no âmbito dos mercados virtuais e migratórios da especulação financeira, significativamente volátil), gerando preocupações diversas e exógenas ao mundo da economia tradicional. Em verdade, o que se pode afirmar é que tais fenômenos transnacionais vão gerando mutações morfológicas nas ciências sociais como um todo, eis que é o próprio processo constitutivo e funcional destes conhecimentos que sofrem intersecções multidisciplinares, reformatando conceitos, paradigmas e a forma de interagir no mundo da vida.

⁷¹ Vale a lembrança aqui de que, nesta mesma época, a Escola de Direito e Economia de Chicago, tendo em vista um sistema legal que garantisse a eficácia e eficiência do sistema competitivo, estudou e aplicou um direito que, usando de instrumentos similares às leis de mercado (incentivos, preços implícitos etc.), intervêm nas estruturas sociais para garantir estes valores liberais. É o capitalismo se ajustando aos novos tempos de crise. Ver o texto de MEDEMA, S. G. *Chicago Law and Economics*. In Social Science Research Network (SSRN). Denver, jun. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=560941>>Acessado em 20/06/2007.

Todavia, isto não é suficiente para alterar ou até instabilizar a lógica matriz das relações econômicas no cotidiano, eis que alimentadas que estão por pressupostos de concentração de riqueza e exclusão social – ao menos em nível de acumulação de capital sem o necessário trabalho humano.

É exatamente reconhecendo esta tendência antropofágica da economia de mercado hegemônica que a ciência jurídica começou a se ocupar em gerar mecanismos e instrumentos normativos que pudessem conter e mesmo reconfigurar os efeitos drásticos e desumanos causados por ela, basta ver, no plano normativo, o surgimento de legislações que operam com conceitos estratégicos de hiposuficiência para determinados sujeitos de direito (trabalhadores, consumidores); que visam coibir abusos contra a economia popular, dando tratamento rígido à usura, etc.

Por certo que isto não se afigura suficiente para conter as formas organizadas e sofisticadas de expansão do crescimento econômico (concentrador de riqueza) dissociado do desenvolvimento social⁷², mas ao menos vai fomentando formas de responsabilização por danos – inclusive de efeitos direta ou indiretamente econômicos – a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, dentre outros.

Todos estes cenários, como referi antes, vão tensionando as relações e instituições ocidentais, fazendo com que elas assumam protagonismos e iniciativas gestacionais dos problemas e desafios cotidianos que são apresentados por fenômenos diversos, fazendo com que alguns atores políticos e econômicos se destaquem mais que outros: por vezes é o Poder Executivo que assume papel destacado (veja-se o excesso de Medidas Provisórias existentes no

⁷² Até em face de uma outra realidade que não se pode negar que é a da economia informal no Brasil, a qual continua sendo a base do mercado nacional, respondendo por mais da metade da força de trabalho ocupada. Das 2,5 milhões de vagas criadas de 2003 a 2006, nas regiões pesquisadas, quase metade (1,3 milhão) ficou concentrada na faixa de trabalhadores entre 24 e 48 anos que exercem alguma atividade informal, conforme PEDRO, Valéria, et al. *Discriminação no mercado de trabalho*. Disponível em www.armazemdedados.rio.rj.gov.br/, acessado em 13/01/2009.

país), com políticas públicas que desbordam de autorizações legislativas prévias – até em face, por vezes, de contingências trágicas (enchentes, deslizamentos de terras, desabrigo de multidões, secas e derrocada absoluta de sistemas produtivos primários, etc), e de difícil controle político ou judicial absoluto; por vezes é o Poder Judiciário que vai à frente da história, tomando decisões envolvendo matérias de competência legislativa ou executiva, para atender igualmente demandas chamadas de urgentes e vitais à sociedade; por vezes é a economia familiar, a cooperativada ou a de associativismo que se apresentam como alternativas às questões não atendidas pelo mercado tradicional e formal.

De qualquer sorte, mister é que se reconheça a riqueza didática e pedagógica de experimentações sociais que se têm criado no país nos últimos tempos, e as múltiplas formas criativas de enfrentamento de problemas não atendidos pelas vias tradicionais existentes, cumprindo verificar, em face mesmo deste quadro amplíssimo de opções e iniciativas, em que medida não se tem provocado fissuras estruturantes nos modelos de democracia representativa e de participação política ainda hoje vigentes constitucionalmente, além de provocar sérios danos econômicos interinstitucionais (no Orçamento Público dos Estados, por exemplo).

Em que medida, no âmbito da jurisdição, o Estado-Juiz não tem exacerbado suas competências e funções institucionais, em especial sob a perspectiva dos impactos econômicos que suas deliberações ensejam – aqui entendidos como aqueles que provocam danos de natureza pecuniária em outras ambiências direta ou indiretamente relacionadas à decisão judicial.

O que se apresenta curioso e ao mesmo tempo desafiador é que as categorias tradicionais de cada ciência social, quando usadas para interagir com outra ciência específica, encontram dificuldades cognitivas muito sérias, eis que o universo gramatical que constitui cada ciência tem suas peculiaridades distintivas e, por vezes, aparentemente inapropriadas para uso em outro cenário ou conhecimento. Tais dificuldades se projetam para o campo

da interlocução destas ciências entre si, uma vez que, desconhecidos os signos que constituem a outra ciência, como com ela estabelecer um diálogo compreensivo? Além do que, na perspectiva reducionista e dogmatizante da ciência moderna, os conhecimentos que geram têm objetos e finalidades absolutamente particulares e não universais.

Ciência que se preze, nesta perspectiva, demanda continuidade física de extensão indefinida, permanentemente descoberta, cenário em que os fatos se condicionam reciprocamente em virtude de necessidades materiais e matematicamente calculáveis. Assim, *só pode fazer autoridade uma inteligibilidade restritiva. Só ela pode satisfazer ao entendimento humano. E ela é inteiramente desprovida de eficácia consoladora para os indivíduos preocupados com seus problemas de ordem pessoal, sobretudo com o problema de seu destino.*⁷³

Exclui o pensamento científico moderno, pois, quaisquer considerações que invoquem valores e fins da natureza humana em si, pois conceitos e elementos meramente subjetivos. A natureza sensível é substituída por outra, idealizada, axiomatizada de acordo com a ordem geométrica estabelecida pelo novo conhecimento. Estes saberes com pretensão de verdade/cientificidade desenvolvem-se por procedimentos um tanto que fechados ou isolados de outros saberes, como se constituíssem um domínio autônomo de conhecimento, edificados sob obediência cega e estrita às exigências e regras de seu desenvolvimento interno ou de sua dinâmica respectiva.⁷⁴

⁷³ JAPIASSU, Hilton. *Nascimento e Morte das Ciências Humanas*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992, p.32.

⁷⁴ Sobre a economia, vai dizer Cristiane Oliveira que, *para os economistas do século dezenove, todo seu trabalho, enquanto ciência, estava relacionado com a construção de uma teoria do “homem econômico”. Tal teoria tomaria corpo a partir de um conjunto de análises fundadas em premissas psicológicas, abstraindo-se dessas premissas todos os aspectos não-econômicos do comportamento humano*. In COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. Op.cit., p.17. É igualmente certo que a própria

Formam-se, assim, práticas científicas, ou seja, conjuntos complexos de processos determinados de produção de conhecimentos, unificados por um domínio conceitual comum, organizados e regulados por um sistema de normas inscrito previamente em determinados aparatos que se institucionalizam em áreas de conhecimentos identificadas por objetos específicos e diferenciados⁷⁵.

Ocorre que a realidade e a história têm demonstrado algo totalmente diferente, isto porque, nos espaços empíricos em que as ciências sociais – notadamente o direito e a economia – interagem há um inarredável e permanente conflito de interpretações e atribuições de sentido, que introduzem âmbitos de dúvidas e ambigüidades que tornam impossível a caracterização do jurídico ou do econômico como ordens absolutamente objetivas e autônomas, haja vista que surgem como resultados de múltiplos fenômenos que não se encontram garantidos por nenhuma determinação *a priori*.⁷⁶

Assim, tanto o Direito como a Economia se apresentam como instâncias simbólicas do político, não podendo tal fato ser ignorado se se entende que é necessária a produção de formas sociais democráticas para este tempo presente. De outro lado, não se pode materializar os sentidos de uma forma social democrática sem uma referência forçosa ao Direito. Negando o papel simbólico do Direito, produz-se um estado de despolitização generalizada,

Economia teve dificuldades de se firmar como ciência, em face da insistência na exploração de um objeto psíquico que era a mente humana, não se adaptando às testificações conformadoras do que era e não era ciência.

⁷⁵ Como nos diz MACHADO NETO, A. L. *O problema da ciência do direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1978, p.36, tal discurso evidencia uma posição teórica de que a ciência pode ter algo de transcendente, enquanto insiste que só há uma ciência, intemporal, capaz de revelar aos homens a (única) Verdade.

⁷⁶ Neste sentido WARAT, Luiz Alberto. *Utopias, conceitos e cumplicidades na interpretação da lei*. In *Introdução ao Estudo do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p.37. Neste mesmo texto, Warat adverte para o fato de que *a única maneira de eliminar as dúvidas no âmbito jurídico é estabelecendo-se definições explicativas nos casos de vagueza, e definições persuasivas nos casos de polissemia. As definições persuasivas implicam produção de definições eticamente comprometidas. Visam convencer o receptor a partilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso, isto se dá com definições onde são estabelecidos determinados critérios de relevância.*

em que a anarquia interessada de forças hegemônicas deliberativas (dentre elas a econômica) conduz as possibilidades de evoluir da natureza humana.⁷⁷

Por tais razões, não posso aceitar, como quer Coase, a tese da economia tradicional no sentido de que *o problema central do mercado reside na existência de custos de transação e não na presença de externalidades, como antes defendia a Economia do Bem-Estar*⁷⁸, o que vai de encontro com o que vou chamar em seguida de Economia Solidária e do Bem-Estar.

No Teorema de Coase, uma vez inexistentes os chamados custos de transação, não importa que os direitos sejam determinados previamente (mesmo aqueles constitucionalmente postos – indisponíveis), pois poderão ser realocados de acordo com os interesses dos particulares envolvidos, sobrando ao Direito, desta forma, atuação somente nos casos de desvios de mercado, ou quando existirem altos custos de transação que impeçam as partes em conflito de transigirem, não descurando, por certo, do controle do poder de polícia em relação ao comportamento social dos indivíduos, garantindo que cumpram com suas obrigações e contratos.

Na dicção de Decio Zylbersztajn e Raquel Sztajn, neste mundo de Coase as instituições não exercem influência no desempenho econômico, como

⁷⁷ E não se pense que o novo caos dos mercados internacionais não está gerando novas formas de especulação financeira e de concentração de riqueza, basta ver as sugestões de solução às crises que os próprios Estados Nacionais estão dando – fortalecendo o modelo e o sistema capitalista vigente, sem aproveitar a oportunidade para mudanças estruturais.

⁷⁸ COASE, Ronald Henry. *The problem of social cost*. Op.cit., p.16. Dentre estas chamadas externalidades, encontra-se a questão da justiça e do bem estar do cidadão como direito fundamental. O exemplo que o autor dá aqui é o de que, por mais que se fixasse legalmente o direito de um condomínio exigir medidas ambientalistas de uma fábrica que estivesse poluindo o ambiente vivido, se os custos de remoção do condomínio fossem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica deveria pagar aos condôminos para que se mudassem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição, o que desconsidera por absoluto o bem jurídico do meio-ambiente a ser protegido e mesmo os aspectos não econômicos de transferência populacional do seu habitat.

se pudessem abstrair dos condicionantes e variáveis que as constituem como instância de representação de interesses.⁷⁹

Esta postura de Coese – e da própria economia liberal – evidencia o uso de categorias e conhecimentos fechados e incomunicáveis, desconsiderando que todo o conhecimento humano está conectado e é oriundo da vida humana no seu evoluir/ação, razão pela qual o desafio das ciências (jurídicas e econômicas) é justamente encontrar meios de constituir-se com o universo em que opera e a partir dele, sob pena de aprofundar os níveis de ineficácia e estranhamento sociais existentes.

E aqui se adentra um dos temas preferidos da ciência econômica que é o da eficiência – notadamente dos mercados. É possível avaliar a jurisdição enquanto espaço de efetivação de direitos e operacionalização dos sistemas normativos para além dos conceitos e critérios de justiça? Não é chegada a hora de se agregar a este parâmetro da justiça outros que possam ampliar o espectro de variáveis necessárias a serem consideradas nas deliberações do Estado-Juiz, em face da complexidade identificatória das relações sociais hodiernas?

Na verdade, a tão só idéia de eficiência econômica tampouco é suficiente para tal desiderato, ao menos como vem concebida pelas grandes figuras da *Law and Economics*, bem lembrado por Cristiane Coelho:

A definição desse conceito passa a ocupar o centro das discussões de juristas e economistas dedicados ao estudo da Análise Econômica do Direito, sendo que as conclusões alcançadas por ambos apontam, em sua maioria, para uma conceituação neoclássica de eficiência econômica. É exatamente por essa razão que Mercurio e Medema assinalam como traço marcante do surgimento do Law and Economics a substituição do conceito de justiça pelo conceito neoclássico de eficiência: Against the idea that law can be understood only through the use of traditional legal doctrinal concepts base on justice and fairness, economics counters that such understanding can be augmented (supplanted?) by economic concepts, including the criteria of economic

⁷⁹ ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. In *Direito & Economia*. ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel (organiz.). São Paulo: Campus, 2005, p.01.

efficiency. As such, the Economics in Law and Economics is a body of literature comprised primarily of the concepts within neoclassical microeconomics and welfare economics. ⁸⁰

E por que tal acepção é insuficiente para o Direito? Pelo fato de que ela concebe a eficiência a partir dos moldes dados pelo mercado econômico vigente e sua lógica de lucro excludente, tendo como pressuposto teórico fundante a idéia do *individualismo metodológico e das escolhas racionais*, no sentido de que os indivíduos agem sempre de forma a maximizar sua satisfação respondendo racionalmente a incentivos e desincentivos externos.

Na perspectiva deste individualismo metodológico, todas as análises referentes a arranjos sociais devem, em último grau, estarem edificadas sobre a apreciação da conduta dos indivíduos, resultando daqui que os fenômenos coletivos devem ser explicados apenas como o resultado agregado de escolhas individuais. Para esta Análise Econômica do Direito, portanto, os efeitos de determinada norma sobre o bem-estar coletivo podem e devem ser apreciados sob a perspectiva da soma das respostas individuais a tais normas. Ademais, a própria escolha das normas aplicáveis a cada caso reflete decisões individuais, e não planos coletivos, uma vontade geral do povo ou leis da história ⁸¹.

Já no que tange às *escolhas racionais*, elas operam sob a premissa de que os indivíduos tomam suas decisões de forma a racionalmente maximizar a diferença entre os benefícios e os custos advindos de suas condutas. O indivíduo sopesa, portanto, como determinada conduta sua poderá refletir em *seu bem-estar*, adequando então suas decisões para assim atingir o máximo de

⁸⁰ COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. Op.cit.,p.10. A citação que a autora apresenta é de MERCURO,N., e MEDEMA,S.G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.13.

⁸¹ Neste sentido os trabalhos de BLAUG, M. *The Methodology of Economics – or how economists explain*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, e DENIS, A. *Some notes on methodological individualism: orthodox and heterodox views*. Stirling Centre For Economic Methodology. October, 2006.

satisfação possível, excluída daqui qualquer consideração comunitária. A partir disto, a eficiência só pode ser vista, *in its broadestsense, to be efficient simply means to take the shortest path, the cheapest means, toward the attainment of the desired goals.*⁸²

Em termos jurídicos, pode-se associar a estas premissas a nefasta experiência de um pequeno conjunto de 16 (dezesseis) empresas que se encontram como requeridas em processos judiciais absolutamente recorrentes envolvendo os segmentos bancários (alienações fiduciárias, leasing, arrendamento mercantil), telefonia, administração de cartões de crédito e serviços públicos, representando cerca de 45% do total de feitos ajuizados nos juizados especiais do Rio de Janeiro, entre 2002 e 2004.⁸³ Na base destes comportamentos temerários, encontra-se o cálculo/escolha racional destas empresas que apostam em estratégias protelatórias para cumprir com suas obrigações, eis que concluíram serem os custos impostos pelo sistema de justiça mais vantajosos do que alterarem toda uma política de tratamento do consumidor, pois dos milhões de clientes que possuem, apenas pequena parcela recorre ao Poder Judiciário para reclamar seus direitos; quando reclamam, o tempo do processo e da resposta final é igualmente benéfica para seus interesses de lucro.

⁸² Idem, p.23. Cristiane Oliveira alerta para o fato de que, *voltando-se puramente às questões de mercado, a idéia de que os indivíduos são maximizadores racionais implica que os agentes respondem a estímulos de preço de forma que, em geral, reduzam o consumo de determinado produto à medida que seus preços sobem. Já no contexto da Análise Econômica do Direito, faz-se um paralelo entre preços e normas jurídicas no sentido de que essas, assim como aqueles, atuam como estímulos à atividade dos indivíduos.* COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico.* Op.cit.,p.12. Há um contraponto interessante desta perspectiva na chamada *New Institutional Law and Economics*, vertente da *Law and Economic School*, rejeitando a premissa neoclássica de que é possível estabelecer comportamentos individuais fundados em escolhas absolutamente racionais, eis que as interações sociais provocam, na verdade, certa limitação às escolhas racionais – não controlando inteiramente seus resultados. Ver o texto de NORTH, C. D. *Institutions, institutional change and economic performance.* Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

⁸³ Conforme pesquisa intitulada *Perfil das maiores demandas judiciais no TJERJ.*

E aqui se pode esboçar a crítica comunitária desta perspectiva individualista, com base na *teoria della scelta collettiva*⁸⁴, entendida como escolhas que levam em conta os impactos exógenos das decisões individuais, considerando inclusive à sua própria formatação, os efeitos sociais que potencialmente podem provocar.

Por certo que não são tão simples as conclusões dos economistas sob comento, pois estão embasadas numa série de estudos preambulares sobre comportamentos sociais em situações reais de tempo e espaço, e sob determinados condicionantes culturais, políticos, econômicos, etc., fazendo com que a própria idéia de eficiência seja aprofundada em diversas outras perspectivas, como a de Pareto, por exemplo, estaticamente definida como sendo um ponto de equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos outro agente econômico.⁸⁵ Como desdobramento dessa definição, pode-se concluir que uma configuração eficiente implica também em um ótimo social, na medida em que, como cada bem está nas mãos daquele que mais o valoriza – vez que nenhuma troca se dá mais de maneira voluntária –, a soma das utilidades individuais nesse ponto – se pudessem ser feitas – seria a maior possível.⁸⁶

⁸⁴ Como quer G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA. *L'analisi economica del diritto pubblico*. Bologna: Il Mulino, 2008. Ver também o texto de FRIEDMAN. D.D. *L'ordine del diritto, Perché l'analisi economica può servire al diritto*. Bologna: il Mulino, 2004, e o texto de CALABRESI, Guido. *El Coste de los Accidentes: Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad Civil*. Barcelona: Ariel, 2002. Ver também o texto de DENOZZA, Francesco. *Norme Efficienti – L'analisi economica del diritto*. Roma: Giuffrè, 2002, e o texto de FALZONI, Luigi Alberto. *Introduzione all'economia del diritto*. Roma: Il Mulino, 2003.

⁸⁵ Pode-se dizer que Pareto apresenta dois conceitos de eficiência associados: (1) a *Superioridade de Pareto* e a *Optimalidade de Pareto*. Para o primeiro critério, um estado de coisas P é superior a Q se, e somente se, ao mover-se de P para Q ninguém fica em pior condição que antes e, pelo menos, uma pessoa melhora sua posição. (2) à optimalidade de Pareto, tem-se que um estado de coisas é ótimo se nenhum outro estado é superior a ele, ou seja, é a situação em que qualquer modificação com respeito a esse estado de coisas faz com que pelo menos um indivíduo piore sua posição. In PARETO, Wilfredo. *Manual de Economia Política*. V. 1. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 80 e seguintes.

⁸⁶ Idem, p.14. Lembra Cristina que Posner vai flexibilizar o *Ótimo de Pareto* (ou Princípio de Pareto), sustentando que na alocação de bens os ganhadores possam compensar os

Nas palavras de Edgar Filho, a lógica de Pareto assevera que:

Quando fosse necessário, o direito – especialmente, no caso do common law – deveria estimular uma mudança no comportamento das pessoas com objetivo de conduzir a sociedade de uma situação “A”, para uma situação “B”, com o menor gasto de recursos possível. A eficiência só ocorreria se na situação “B”, pelo menos uma pessoa estivesse melhor e nenhuma estivesse pior que na anterior (superior de Pareto) ou se, nesta última situação, as pessoas eventualmente prejudicadas pudessem ser compensadas pelas pessoas beneficiadas (critério de Kaldor-Hicks).⁸⁷

Por outras palavras, estar-se-ia defendendo a maximização de resultados em quaisquer relações enquanto valor social máximo a ser defendido pelo Direito abordado pela Teoria Econômica, diminuindo desta forma os custos sociais, as externalidades e os desperdícios, a partir dos seguintes postulados: (a) as leis jurídicas devem guardar mínima harmonia com as leis econômicas⁸⁸; (b) o paradigma jurídico deve voltar-se para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção da riqueza; (c) o individualismo metodológico na tomada de decisão deve estar presente sempre nas ações humanas⁸⁹.

Por certo que esta teoria da eficiência de mercado paretiana opera com a lógica da riqueza instalada, uma vez que se afigura eficiente somente aquela transação na qual a transferência de bens (aplicando-se, pois, somente a quem possui bens) coloca as pessoas envolvidas em condições melhores do que

perdedores, reconhecendo, todavia, a eficiência potencial de Pareto, tornando possível, assim, sua utilização para a realização de políticas públicas e também para guiar decisões jurídicas.

⁸⁷ FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. *A nova escola de Chicago e as modalidades de regulação: Tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro*. In <http://repositorios.cdlib.org/bple/alcade/050207-09>, p.07, acessado em 30/12/2008.

⁸⁸ Há que se considerar neste ponto algumas variáveis presentes no processo legislativo, a demandar, eventualmente, correções ora normativas ora judiciais, dentre as quais: (i) a pressão dos grupos de interesse que capturam o Estado via interesses privados; (ii) distorções no processo de representação que fazem com que os parlamentares votem em desacordo com as preferências de seus eleitores; e (iii) a ignorância do legislador quanto aos efeitos econômicos das normas que promulgam.

⁸⁹ PARETO, Wilfredo. *Manual de Economia Política*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.63.

aquelas em que se encontravam antes do negócio, sem causar prejuízo algum a alguém.⁹⁰

Pérsio Arida, seguindo as teses de Pareto e da economia contemporânea, adverte que normas editadas com o objetivo de impor valores terminam muitas vezes por distorcer o equilíbrio do mercado, uma vez que este, na ausência da norma, em tese, tem as propriedades do ótimo de Pareto, razão pela qual o impacto da norma, julgado do ponto de vista da geração de riqueza, é negativo. Exemplifica o autor com o caso de um drástico aumento no valor das locações residenciais causado por um grande aumento de demanda. Sabe-se, por regras do mercado imobiliário, que o mecanismo endógeno de equilíbrio destes produtos exige tempo, sendo que o alto valor da locação induz, mediante novas construções, um aumento na oferta de imóveis para locação até que se reencontre o equilíbrio de longo prazo. Se o legislador, no entanto, optar por proteger os inquilinos congelando o valor das locações residenciais, terminará por criar inúmeras distorções que afastam a economia do ótimo de Pareto.⁹¹

Ora, salvo melhor juízo, esse raciocínio toma como elementos constitutivos de seu evoluir conclusões variáveis exclusivamente econômicas, deixando de lado a dimensão social e mesmo de contingências individuais que proletarizam segmentos inteiros de inquilinos por causas até alheias as suas vontades (planos econômicos, recessão, especulação imobiliária, etc.), fragilizando ainda mais a dignidade de vida destas pessoas. Como não gerar políticas públicas (dentre as quais novas regras jurídicas) indutoras de correções destes cenários? É possível aguardar que o mercado – com o tempo

⁹⁰ Ver o texto de SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Campus, 2005, p.74 e seguintes.

⁹¹ ARIDA, Pérsio. *A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma*. Op.cit., p.04.

(que pode ser vital a estas pessoas) – resolva tudo isto⁹²? O Estado não tem obrigações de agir em tais situações criando novas regras do jogo ao menos para não deixar periclitarem de forma tão intensa tantos interesses?⁹³

Em outras palavras, estou dizendo que a realidade do mundo da vida já demonstrou ser muito difícil controlar e manejar todas as variáveis e fatores que interagem em relações sociais – fundamentalmente as econômicas – a ponto de se garantir níveis altíssimos de custo zero de transação ou ausência de externalidades, o que enseja o reconhecimento de que o ótimo de Pareto é tão somente um tipo-ideal de complicada materialização diante do fracasso da mão invisível do mercado em responder pelo prometido equilíbrio daquelas relações.

Por tais razões é que Posner, mais tarde, vai sustentar ser insuficiente a lógica da eficiência paretiana para dar conta das relações sociais cada vez mais complexas, sugerindo a utilização do critério Kaldor-Hicks, ou *Eficiência Potencial de Pareto*, como guia, por exemplo, para políticas públicas governamentais e decisões judiciais. Por esse critério, na alocação de bens os ganhadores devem compensar os perdedores, ainda que efetivamente não venham a fazê-lo.⁹⁴

Outro ponto polêmico aqui que depõe contra a idéia de Estado Mínimo Paretiano é o que diz com a experiência do setor financeiro no mundo todo, pois, em um cenário no qual não há regulação específica para ele, em regra, aumentam os riscos da crise bancária, razão pela qual vários países têm adotado a estratégia de permitir as ações dos bancos sob o regime de concessão e supervisão do Banco Central, exatamente para tentar reduzir ao mínimo a probabilidade de uma crise sem inibir o processo concorrencial e o evoluir do

⁹² Considerando que o processo econômico natural levaria a um equilíbrio de longo prazo, atingido quando o efeito de todos os choques temporários já se fez inteiramente presente – não importando a que custo social.

⁹³ De forma até curiosa, o exemplo americano da crise dos setores imobiliários em face da quebra dos créditos financeiros destinados a este fim demonstra bem o que a ausência de controle normativo e estatal pode causar no próprio mercado.

⁹⁴ POSNER, Richard. *The problems of Jurisprudence*. Op. cit., p.389.

mercado. Na perspectiva de autores como Kaplow e Shavell, garantir irrestritamente e sem custo os depósitos bancários, por exemplo, é uma norma equivocada – reduz a zero o risco de eventual crise à custa de socializar prejuízos.⁹⁵

Facilmente decorre desta linha de pesquisas e raciocínios, conforme lembra Arida, que países cujo sistema legal facilita e incentiva o respeito aos direitos individuais de propriedade e aos contratos privados tendem a ter melhor desempenho do que outros, principalmente pelo desenvolvimento da intermediação financeira entre poupança e investimento; nestes países, os poupadores têm mais confiança em emprestar e os tomadores têm mais confiança em investir. *Mais recentemente, a atenção tem se voltado não para a discussão dos efeitos do sistema legal tal qual firmado na origem, mas sim sobre sua adaptabilidade às vicissitudes da vida econômica. Sistemas legais que se adaptam rapidamente às necessidades de contratação entre agentes privados apresentam desempenhos econômicos superiores a sistemas legais rígidos.*⁹⁶

É interessante notar como tem evoluído esta discussão sobre a relação entre sistemas legais e seus diferentes impactos econômicos na jurisdição. Érica Gorga, em trabalho pontual sobre a matéria, trouxe a lume algumas investigações internacionais que dão conta do fato de que *países de tradição de direito romano-germânica enfatizam a previsibilidade do direito e se baseiam em normas para regular o comportamento das negociações com conflito de interesses (self-dealing).*⁹⁷ Enquanto isto, os países de tradição de direito consuetudinário

⁹⁵ KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven. *Fairness versus welfare: notes on the Pareto principle, preferences and distributive justice*. New York: Random House, 2006, p.39.

⁹⁶ ARIDA, Pêrsio. *A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma*. Op.cit., p.06. Ver também o texto de SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

⁹⁷ GORGA, Érica. *Common Law é mais eficiente do que a civil Law? Considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica*. In ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. In Direito & Economia. Op.cit., p.144. Em termos mais teóricos, lembra a autora que figuras como Jeremy Bentham e Max Weber já sustentavam que o sistema romano-germânico seria mais adequado para

dão relevo à equidade (*fairness*), operando com a noção de dever fiduciário, elevando a discricionariedade judicial na avaliação e solução de controvérsias contratuais, demarcando, com isto, regras e termos compositores da lide.

Autores como Hayek⁹⁸, por exemplo, acreditam que no sistema comunitário as regras formatadas pelas decisões judiciais afiguram-se como mais contemporâneas e adequadas às circunstâncias especiais e temporais das relações negociais, além do que o excesso de regulação destes atos e fatos econômicos (e jurídicos) implicaria inexoráveis procedimentos burocráticos impactantes a todos os interesses envolvidos.

Vai à mesma direção Posner, quando sustenta que a tradição do direito romano-germânico conta com o problema de buscar, no processo legislativo, a maximização de ganhos e rendas (*rent seeking*), reduzindo com isto a eficiência econômica do próprio sistema normativo. Já a tradição do direito comunitário não estaria contaminada com este viés, estando os juizes mais imunizados das pressões dos grupos de interesses, utilizando critérios objetivos à decisão judicial, o que outorgaria às normas jurídicas maior eficiência.⁹⁹

Mas o que se observa hoje, em verdade, é uma miscigenação das famílias e sistemas jurídicos no Ocidente, eis que é possível identificar um processo de crescente codificação e normatização formal de atos, fatos e negócios jurídicos no Direito Comunitário, e a fortificação dos precedentes

garantir o desenvolvimento social e econômico, em face exatamente de sua maior racionalidade e previsibilidade.

⁹⁸ HAYEK, Friedrich A. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. 03 volumes. Chicago: The University of Chicago Press, 2000. Ver também do mesmo autor os textos: --- *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960; --- *Individualism and Economic Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

⁹⁹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op.cit., p.27 e seguintes. É válida a advertência, neste ponto, de Gorga, no sentido de que o processo legislativo não é tão disciplinado como o judicial, uma vez que os legisladores geralmente levam em conta as vontades e interesses das partes que serão afetadas diretamente pela legislação, usando isto como forma de redistribuição de riqueza – as vezes não tão justa ou equilibrada assim. GORGA, Érica. *Common Law é mais eficiente do que a civil Law? Considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica*. Op.cit., p.153.

judiciais no Direito Romano-Germânico, ampliando-se as ferramentas que lhes atribuem força vinculante¹⁰⁰.

Robert Cooter, importante economista da Nova Escola de Chicago, indo de encontro às teorias de baixa ou nenhuma intervenção estatal no âmbito de regulação social da Clássica Escola de Chicago, sempre deu ênfase ao fato de que *o acordo no que diz com interesses conflitantes é mais provável se as rodadas de negociação geram mais custos*¹⁰¹, ou seja, criam mais custos de transação. Observando que as pessoas se envolviam em barganhas estratégicas, como nos litígios de divórcio, Cooter propôs uma postura entre o que chamou de *Teorema de Hobbes* (forte intervenção do Estado)¹⁰² e o Teorema de Coase (intervenção mínima do Estado).

Veja-se que, com tal perspectiva, o funcionamento de gestão dos conflitos dar-se-ia muito mais independente dos comportamentos dos magistrados (e preferências dos juizes), eis que a lide é vista como dirigida pelas variáveis do mercado e pela competição dos seus agentes racionais, sendo que os litigantes determinariam a eficiência do direito por meio dos seus incentivos privados para litigar (ou não).

¹⁰⁰ Estou me referindo, por exemplo: (a) às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal; (b) aos recursos repetitivos, nos termos da Lei Federal nº 11.672, de 08 de maio de 2008, instituindo o art.543-C, do CPC; (c) as decisões monocráticas no segundo grau de jurisdição, extinguindo o processo, com ou sem julgamento de mérito, nos termos do art.557, do CPC; (d) os casos quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada, nos termos do art.285-A, do CPC; (e) o caso do parágrafo 1º, do artigo 518, do CPC, incluído pela lei 11.276/06, que instituiu a chamada *súmula impeditiva de recurso*, impedindo que seja aceita a apelação contra sentença que esteja consoante Súmula do STF ou do STJ; etc.. Ver o texto de CALABRESI, Guido. *A common Law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

¹⁰¹ COOTER, Robert. *Bargaining in the Shadow of the Law*. New York: Oxford University Press, 1982, p.158.

¹⁰² Ver o texto COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, bem como o texto COOTER, Robert. *The Cost of Coase* (1982). In: Katz, A. W. *Foundations of Economic Approach to Law*. New York: Oxford University Press. P. 150-154. 1998.

Essa avaliação de Cooter pode tranquilamente ser utilizada para se avaliar os custos das demandas judiciais – tanto para as partes como para o Estado – e, tendo-as presente, evidenciá-las como instrumentos de sensibilização pacificadora, voltada ao consenso de soluções às demandas judicilizadas ou não. Estou dizendo que, mesmo nos espaços de conciliação (auto ou hetero-compositivas) de conflitos, é importante ter-se, em algum momento da transação, presentes os custos (não só econômicos, mas de tempo, de disposição de recursos diretos ou indiretos para participar do processo, psíquicos, afetivos, etc.) da lide, eis que, seguramente, a maior parte das pessoas não tem noção aproximada do que é participar de uma demanda judicial.

De outro lado, se sabe muito bem que a economia desde há muito vem induzindo comportamentos – notadamente consumeiristas –, e gerando, assim, múltiplas transformações em aspectos contratuais, obrigacionais e de responsabilidade jurídica, basta ver a propulsão enorme que tem sofrido os dispositivos reguladores das relações de consumo no Brasil, por exemplo.

Entra aqui, confirmando a multidisciplinaridade que envolve essas questões, outros debates importantíssimos que foram os estudos de *psicologia experimental cognitiva* de Daniel Kahneman¹⁰³, destacando a importância do chamado *paradigma da racionalidade*, bem como o papel das *heurísticas*, ou seja, das *hipóteses prévias* que nem sempre estão corretas, mas as quais as pessoas geralmente recorrem para tomar decisões¹⁰⁴.

¹⁰³ TVERSKY, A. e KAHNEMAN, D. *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*. (1981). In: Katz, A. W. *Foundations of Economic Approach to Law*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 277.

¹⁰⁴ Heurísticas são regras gerais de influência utilizadas pelo decisor para simplificar seus julgamentos em tarefas decisórias de incerteza. Muitos julgamentos e tomadas de decisão do cotidiano são feitos sob incerteza quando desconhecemos as probabilidades associadas aos possíveis resultados de uma tarefa decisória. *Para lidar com um mundo complexo e marcado por rápidas mudanças, as pessoas desenvolveram modos simples de raciocinar. No que tange ao julgamento e tomada de decisão, as heurísticas assumem o papel de simplificar o processamento cognitivo que envolve julgar alternativas sob incerteza*. Idem, p.279. Ver igualmente o trabalho de ENGEL, Christoph & GERENZER, Gerd. *Heuristics and the Law*. Boston: MIT Press, 2006.

Com base em tais postulados, não se pode imaginar, como querem alguns doutrinadores, que a conduta humana na órbita do mercado é meramente adaptativa e às condições dadas por este, criando vínculos de dependência cognitiva extrema das regras pela economia impostas, gerando comportamentos similares a de robôs.¹⁰⁵ Ao contrário, os níveis de racionalidade alcançados desde a Modernidade autorizam a conclusão de que muitas das incursões e permanência das condutas humanas localizadas no tempo e espaço fundadas na lógica perversa do mercado se dão de forma altamente consciente, assumindo os riscos calculados (de forma mais ou menos intensa, é verdade) que implicam, isto porque não existe mais, pois, a figura do bom selvagem rousseauiano de outrora (veja-se aqui a situação que envolve a onda de super-individamentos por crédito consignado, principalmente de servidores públicos e aposentados, ou mesmo a situação de consumidores que se lançam ao mercado para obter fruição dele sem nenhum desejo de contraprestar o pagamento devido).

Por tais razões, é fundamental que se busquem níveis cada vez maiores de redução das incertezas no âmbito das relações econômicas, jurídicas e seus efeitos – em especial os que estão relacionados com bens da vida de alta significação e importância –, proporcionando que decisões mais definitivas sejam tomadas, até para garantir expectativas, segurança, certeza e previsibilidade de temas que envolvem a vida (digna) da pessoa humana.

Mas como se consegue isto? Uma das formas mais exitosas no Ocidente para tanto tem sido o sistema jurídico, que tem como escopo fundante outorgar/garantir aquela segurança, certeza e previsibilidade de atos, fatos e negócios realizados entre os sujeitos de direito/cidadãos. Mas este sistema normativo tem o condão de exterminar com os riscos atinentes àquelas relações? Por certo que não, pelo simples fato de que as variáveis que

¹⁰⁵ Como quer AVELÃS NUNES, Antônio José. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.60.

constituem qualquer relação entre homens são tantas e tão diferentes entre si, que é ingenuidade imaginar que uma ciência (um paradigma racional) pode abarcá-las integralmente, podendo tão somente qualificar ao máximo as heurísticas do caso, tentando encontrar a melhor solução equalizadora de interesses para aquela situação.

Talvez aqui venha a calhar a advertência feita por Becker¹⁰⁶, no sentido de que a Economia seja mais um *método* do que uma Ciência com objeto delimitado, uma vez que suas ferramentas podem ser aplicadas a todo tipo de comportamento humano, regido por escolhas individuais. Isso se aplica de forma ainda mais incisiva quando a escolha deve ser feita de forma a solucionar casos nos quais há não só lacunas normativas, mas a possibilidade de se encontrar mais de uma resposta normativa para o mesmo caso. Daí a importância de se contar com ela para auxiliar os juristas no aprimoramento da tomada de decisões, levando em conta a multiplicidade de fatores e variáveis que sempre estão presentes em qualquer relação social, particularmente – em lides judiciais e neste estudo – as questões econômicas – direta ou indiretamente postas naquelas relações (fatores econômico-orçamentários, econômico-processuais, econômico-familiares, econômico-empresariais, econômico-ambientais, etc.).

A despeito de suas variações (já que fiz referência tão somente à primeira geração¹⁰⁷), a verdade é que o movimento do *Law and Economics*, tido

¹⁰⁶ BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976, p.07.

¹⁰⁷ Tenho presente que, desde a segunda metade do século XX, com o término da II Guerra, e até o final dos anos 1960, pensadores econômicos como Milton Friedman, George Stigler, Aaron Director e Gary Becker, partindo do pensamento do professor de economia de Chicago, Frank Knight, tomaram frente na implementação de uma segunda geração da Escola, tanto de pensamento econômico, quando de direito e economia. A partir dos anos 90, a Law Economic School vem gradualmente sendo operada em face do que se pode chamar de Nova Escola de Chicago, que explora uma abordagem ainda mais ampla da regulação social que, além de reconhecer a que é feita pelas leis e por instrumentos de mercado, observa a influência das normas sociais sobre o comportamento dos indivíduos, levando em conta ainda os espaços urbanos e o

como uma promessa de revitalização das análises jurídicas e seus impactos econômicos, aproxima-se *muito mais do positivismo jurídico, por almejar cientificidade e objetividade, do que de posturas eminentemente interdisciplinares que advogam uma interpretação mais aberta e socialmente comprometida das normas jurídicas*.¹⁰⁸

Em verdade, toda e qualquer ação humana é tomada a partir do pressuposto de que ela é o resultado de uma *escolha dentre as alternativas* que há no momento, de acordo com a quantidade de informação de que se dispõe. Destas ações decorrem, inexoravelmente, conseqüências, que podem afetar não apenas quem tomou as decisões, mas também a terceiros, o que se chama de *externalidades*, as quais, por sua vez, podem ser tanto positivas quanto negativas – para quem levou a cabo as ações e para quem por estas foi atingido. O que toma relevo nesta perspectiva é, então, o consequencialismo das ações praticadas racionalmente – mediante disposição consciente de vontade para atingir fim pré-determinado (o que se chama de *escolha dentre alternativas*).¹⁰⁹

Uma ação humana só pode ser racional, então, se: (a) é gerada por uma cognição e decisão consciente, isto é, fruto da compreensão crítica sobre o universo de elementos e variáveis que constituem o que é conhecido e decidido; (b) tem presente quais as conseqüências (externalidades) que a ação vai gerar, ao menos *a priori*, tomando aqui de igual forma não exclusivamente o âmbito de

ciberespaço em que tudo isto opera (as chamadas arquiteturas). Assim, para a Nova Escola de Chicago a lei volta a ter papel importante, regulando as ações humanas direta e indiretamente. Neste sentido o texto de MERCURO, M., e MEDEMA, S. G. *Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*. Op.cit..

¹⁰⁸ Idem, p.24.

¹⁰⁹ Já se fala hoje, inclusive, de externalidades positivas e negativas no âmbito de interesses e direitos das gerações futuras: *Alla mancata equivalenza sincronica tra costi individuali e costi sociali, cui dà origine il fenomeno delle esternalità positive o negative, si sostituisce, nella dimensione diacronica, la mancata equivalenza tra costi sociali attuali e costi sociali futuri in virtù appunto dell'esistenza di esternalità negative intergenerazionali. Tanto stabilito, quello che soluzioni di mercato e decisioni politiche autoritative mirano a raggiungere è l'internalizzazione dei costi sociali intergenerazionali delle attività e delle politiche poste in essere dalla generazione presente*. In PALOMBELLA. Luigi. *Diritto e giustizia intergenerazionale*. Milano: Daltrice, 2007, p.39.

sua subjetividade, mas os reflexos (diretos e indiretos; econômicos, políticos, culturais, afetivos, psíquicos, etc.) desta ação no entorno em que ela se dá, tanto no que diz com o objeto que a envolve como quanto aos sujeitos que estão vinculados a ela (direta e indiretamente).¹¹⁰

No campo do Direito à Saúde, por exemplo, já tive oportunidade de demonstrar que, por ser este um bem jurídico social, o esgotamento de recursos financeiros, bloqueados por decisões judiciais para o atendimento de algumas demandas que acorrem ao Poder Judiciário, pode tanto inviabilizar políticas públicas preventivas e curativas do Poder Executivo e Legislativo na área da saúde, como pode também esvaziar os cofres públicos para outras políticas igualmente importantes à Sociedade (segurança, educação, transporte, etc.).¹¹¹

No Direito Privado, no que tange às obrigações parentais, e dentre elas os alimentos, sabe-se que o dimensionamento material destes deve ser feito levando em conta não somente a necessidade do alimentando, mas a possibilidade do alimentante, em todos os níveis de suas existências, sob pena de se atender a um sacrificando o outro a tal ponto que impossibilite o adimplemento da própria obrigação.

A ciência econômica tem se preocupado com essas questões, sustentando que os agentes sociais estariam interessados na maximização da riqueza ou de outras dimensões mais ou menos mensuráveis em termos de

¹¹⁰ Opera-se aqui o que se pode chamar de Teoria da Escolha Racional, fundada, dentre outras premissas nas seguintes: (a) a premissa da intencionalidade; (b) a premissa da racionalidade; (c) a distinção entre informação completa e incompleta e, no caso da última, a diferença entre risco e incerteza; (d) a distinção entre ação estratégica e ação interdependente. In ELSTER, John. *Rational choice*. Nova York: New York University Press, 1986. Ver igualmente o texto de KREPS, David. *Game theory and economic modelling*. Oxford: Clarendon Press, 2002. Não desconheço aqui a existência de outras teorias sustentando que os indivíduos agem sempre de forma a maximizar sua satisfação respondendo racionalmente, portanto, a incentivos e desincentivos externos. Neste sentido ver o trabalho de MERCURO, N. & MEDEMA, S.G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*. Op. cit., P.59.

¹¹¹ Ver meu livro LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Ver também o texto de PRZEWORSKY, Adam. *Estado e Economia no Capitalismo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

quantidades e sujeitas a constrangimentos de recursos materiais. Assim, as escolhas feitas pelos agentes devem ser explicadas em termos da variabilidade dos constrangimentos materiais enfrentados por eles.¹¹² Veja-se que hoje já se fala de *constrangimentos materiais universais*, dentre os quais: *l'aumento incontrollato del debito pubblico, la progressiva insostenibilità dei sistemi previdenziali, la perdita dell'ambiente salubre per mezzo della sovrapproduzione di rifiuti tossici e di gas di difficile smaltimento, la spoliazione di risorse naturali e i rischi connessi a modificazioni genetiche irreversibili.* ¹¹³

E por que isto? Pelo fato de que esta ciência já demonstrou que atos racionais maximizam preferências ou desejos, dadas determinadas crenças, ou seja, a racionalidade requer que crenças, desejos e ações se relacionem de uma forma particular, e por isto ela se afigura como uma condição de consistência que sustenta que essa relação seja válida para todas as crenças, desejos e ações. ¹¹⁴

O problema é que, em regra e numa sociedade capitalista/concorrencial, os agentes têm estados mentais — crenças e desejos —, e escolhem as melhores ações que estejam de acordo **com eles** (e suas circunstâncias). Os desejos, nesta equação, são considerados de alguma forma como dados ou definidos previamente às ações e também às crenças, e em regra estão ancorados em necessidades humanas mais profundas (comida, sexo, dinheiro, segurança), ou ainda podem estar ligados à posição social, ou a atitudes morais, ou podem simplesmente ser arbitrários.

Este universo de elementos que configuram o homem contemporâneo (suas crenças e desejos) forma o que se poderia, com Gadamer, chamar de

¹¹² FERREJOHN, John & PASQUINO, Pasquale. *A Teoria da Escolha Racional na Ciência Política: Conceitos de racionalidade em teoria política*. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. ISSN 0102-6909. vol.16, n°.45, Fevereiro de 2001. São Paulo: RBCS, 2001.

¹¹³ ABRESCIA, Michele. *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità tra generazioni*. Roma: Daltrice, 2007, p.28. No mesmo sentido o texto de BOWLES, Roger. *Diritto e Economia*. Bologna: Il Mulino. 2005.

¹¹⁴ PLOTT, Charles e LITTLE, James. *Individual choices when objects have ordinal properties*. In Review of Economic Studies, vol.42. New York: Macmillan, 1985, p.406.

TRADIÇÃO. Em outras palavras, o sujeito que conhece e desenvolve ações/decisões com base neste conhecimento, é sempre um sujeito histórico, que parte de condições espaciais e temporalmente dadas na sua relação com o mundo, contando também com estruturas prévias de pré-compreensão (crenças, desejos). Ou seja, em todo o processo de compreensão/ação/decisão há pressupostos ou pré-juízos – no sentido etimológico de juízos prévios – que viabilizam e constituem certa memória cultural presente em teorias, mitos, tradições, crenças, desejos, interesses, etc. Significa dizer que o sujeito que compreende/age/decide, não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda uma história que lhe caracteriza e mesmo o define como sujeito.¹¹⁵

Dito isto, as próprias crenças, desejos, interesses não podem ser concebidos como elaborados por uma determinada e única subjetividade, mas eles se apresentam, necessariamente, como transpessoal, veiculados por uma linguagem (escrita, oral, simbólica, costumes, hábitos, etc.) constituída consoante o mundo em que ela opera, mais do que conforme algumas subjetividades (hegemônicas), isto porque a experiência do mundo (ou dos mundos) é algo que já reside na linguagem e nas suas manifestações simbólicas (tradição), e todo o objeto de conhecimento/compreensão/ação/decisão é englobado no horizonte desta linguagem¹¹⁶.

É a linguagem jurídica que, através de seus códigos normativos, delimita – de forma inibidora – as possibilidades dos interesses, desejos e crenças no âmbito das suas concreções, exatamente para evitar que

¹¹⁵ Ver os textos de GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Catedra, 1997; *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997; *El problema de la conciencia histórica*. Madrid: Tecnos, 1995.

¹¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, op. cit., p.646. Em razão disto Gadamer insiste no aspecto da historicidade da consciência e da própria compreensão (do saber prático) – *consciência historicamente operativa* – o que faz do sujeito conhecedor um ser que *acontece* (se constitui) na linguagem, pois estas palavras *nos alcança de verdade, e o faz como se falasse a nós e se referisse a nós mesmos*.(p.668). Portanto, aquilo que se revela como crença, desejo e interesse ao sujeito racional não constitui uma simples projeção da sua subjetividade, mas diz respeito a algo (tradição) que atua sobre a sua compreensão quando se apresenta.

ações/decisões/escolhas humanas possam representar perigo a outros sujeitos racionais, isto é, o sistema jurídico funciona não como indutor de desejos e interesses (diretamente), mas como equalizador dos mesmos para que eles não operem de forma antropofágica, principalmente tendo em conta esta peculiaridade dos eventuais *constrangimentos de recursos materiais* para atendê-los, evidenciados pela Economia.

A questão é saber até que ponto as consequências/externalidades presentes em qualquer ato, fato ou negócio jurídico, devem ser relevadas para fins de demarcar medidas preventivas de potenciais violações de direitos – aliás, tema exigido do Judiciário pela Constituição de 1988, na medida em que o art.5º, inciso XXXV, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça** a direito. Podem as consequências de uma decisão judicial determiná-la? Em que medida?

Veja-se uma questão corriqueira nos tribunais brasileiros que diz com problema de natureza eminentemente econômica, a saber, o indexador de correção das obrigações inadimplidas, notadamente quando se sabe que o insucesso em se produzir decisões com presteza temporal é um dos caracteres dos sistemas judiciais no Ocidente.¹¹⁷ Como diz Pinheiro, a morosidade reduz o valor presente do ganho líquido (recebimento esperado menos os custos), assim, em economias com inflação alta, se os tribunais não adotarem mecanismos de indexação adequados, o valor do direito em disputa pode despencar para zero com bastante rapidez.¹¹⁸

¹¹⁷ Aliás, a interlocução entre o direito e a economia tem tido incremento em face do aumento da regulação internacional e do uso mais intenso dos contratos como forma de organizar a produção, viabilizar o financiamento e distribuir os riscos. Como diz PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?*, In www.ifb.com.br, acessado em 20/10/2009, p.01, *as reformas dos anos 90 - privatização, abertura comercial, desregulamentação e reforma regulatória, na infraestrutura e no sistema financeiro – deram grande impulso tanto à integração do Brasil na economia mundial como ao volume de regulação e à utilização de contratos.*

¹¹⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica*. In www.ifb.com.br/download.php?tindex=estudos&id=14, acessado em 14/01/2009, p.10. O autor analisa antiga pesquisa nacional junto a médios e grandes empresários realizada

Em face destas questões que tem caracterizado o insulamento da decisão judicial de múltiplas outras variáveis constitutivas do seu objeto, pesquisas na década de 1990 apresentaram o seguinte quadro de avaliação do Judiciário, a partir da seguinte questão:

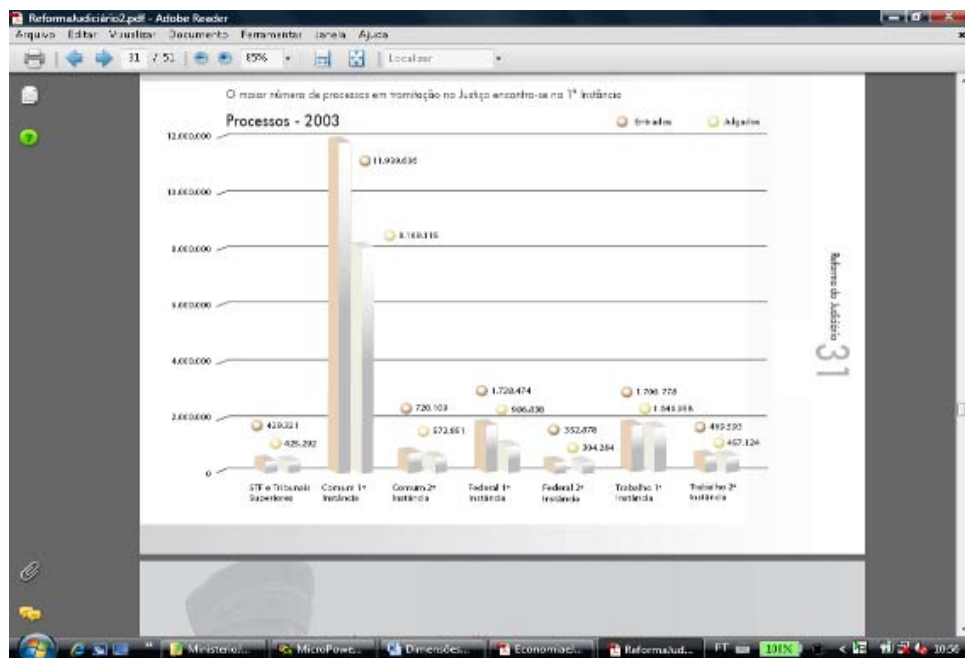
Como o brasileiro vê a justiça, a polícia e a fiscalização? (%)

QUESITOS	Concorda	Discorda	Não sabe
O problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça que é lenta	87%	8%	5%
No Brasil, existem certas pessoas que mesmo que façam coisas erradas nunca são punidas pela Justiça	86%	10%	4%
No Brasil, a grande maioria das pessoas que desobedecem à lei é punida	37%	57%	6%
No Brasil, as leis só existem para os pobres	80%	17%	3%
A Justiça brasileira trata os pobres e os ricos do mesmo modo	16%	80%	4%
De maneira geral, as sentenças dos juizes são justas	53%	37%	10%
De maneira geral, os advogados são pessoas honestas	34%	59%	8%
De maneira geral, os policiais são pessoas honestas	29%	64%	7%
A maioria dos guardas rodoviários deixa de multar quando recebe uma “caixinha	63%	27%	7%
A maioria dos fiscais deixa de multar uma empresa quando recebe uma “caixinha”	64%	27%	8%

pelo IBOPE e pelo IDESP, em 1993, a qual apontou ser um dos principais problemas do judiciário brasileiro a sua falta de agilidade: 9 em cada 10 entrevistados consideraram a justiça ruim ou péssima nesse quesito. A avaliação é negativa também em relação aos custos de acesso, ainda que menos do que a respeito da agilidade, e levemente positiva em relação à imparcialidade das decisões judiciais. A duração média até uma decisão judicial dos litígios em que as empresas se viram envolvidas ilustra o problema: 31 meses na Justiça do Trabalho, 38 meses na Justiça Estadual e 46 meses na Justiça Federal.

Ibope, 1993.¹¹⁹

Por certo que esta pesquisa não considerou, por exemplo, a cultura da guerra e do conflito que se espalha e fomenta no país, desde os bancos escolares das faculdades de Direito, fazendo com que o volume de demandas judiciais só aumente em vez de diminuir. Em pesquisa realizada em 2003, o Ministério da Justiça apresentou o seguinte quadro nacional¹²⁰:



Estes dados dão conta de que: (1) o maior número de processos em tramitação na Justiça encontra-se na 1ª Instância (86% de todos os processos

¹¹⁹ Retirado de FAERMAN, M. *Perto do Colapso*. In Revista Problemas Brasileiros, Janeiro/Fevereiro de 1998, p.37.

¹²⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Reforma do Judiciário: perspectivas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005, p.31.

que deram entrada em 2003), e não na 2ª Instância e nos Tribunais Superiores; (2) a Justiça Comum (Estadual) é responsável pela maior parte dos processos em tramitação no País, em torno de 73% do total; (3) a União responde por aproximadamente 43% das despesas com a Justiça, pelos dados de 2002. Essa participação era de 30,9% em 1995.

Ademais, este diagnóstico trouxe informações também sobre todo o sistema judiciário em 2003, composto que estava por 96 tribunais e 13.660 magistrados; evidenciou que havia 2.452 comarcas atendendo 5.507 municípios – ou seja, 45% dos municípios eram sede de comarca. Em 2003, deram entrada na Justiça 17,3 milhões de processos, tendo sido julgados 12,5 milhões, com um índice de julgamento de 72%, e um aumento de 4,7 milhões nos estoques de processos. Destes números, por certo de forma exemplificativa, concluiu-se que a taxa média de julgamento por magistrado no período foi de 1.104 processos, ou seja, cada magistrado decidiu, em média, 92 processos por mês.

Agora no ano de 2009, dados coletados pelo sistema de justiça dão conta de alguns dados interessantes, a saber:

(a) A despesa da Justiça Federal durante o ano de 2008 foi de R\$ 5,2 bilhões, o que representa um gasto de 0,18% com relação ao PIB Nacional ou um custo anual de R\$ 27,68 por habitante. Dessa despesa, aproximadamente R\$4,8 bilhões estão relacionados a gastos com recursos humanos, que, além do salário, incluem férias, gratificações, passagens, verba de gabinete, dentre outros dispêndios. Além disso, comparativamente com os anos anteriores, verifica-se que entre 2004 e 2006 as despesas cresciam a uma média de 14% ao ano, porém nos últimos dois anos (2007 e 2008) houve uma desaceleração significativa, em que o crescimento anual passou a ser de apenas 7% ao ano.

Veja-se que durante o ano de 2008, tramitaram nos Tribunais Regionais Federais (2º Grau) quase 1,2 milhão de processos, sendo que, dentre eles, 474 mil ingressaram naquele ano e 713 mil já estavam pendentes de julgamento desde o final do ano anterior. Ademais, foram sentenciados 477 mil

processos, fazendo com que o número de casos julgados se assemelhasse ao número de processos ingressados. Já no 1º grau, foram 510 mil sentenças proferidas e 2,1 milhões de processos em tramitação, sendo que, dentre eles, 1,5 milhão refere-se ao estoque pendente de julgamento. Nas turmas recursais tramitaram 568 mil processos (380 mil casos novos e 188 mil casos pendentes) e nos Juizados Especiais 2,2 milhões de processos (1,2 milhão de casos novos e 979 mil casos pendentes).¹²¹

(b) Na Justiça do Trabalho, a pesquisa mostra que sua despesa durante o ano de 2008, foi de aproximadamente R\$ 9,3 bilhões, o que representa um gasto de 0,32% com relação ao PIB Nacional, ou um custo anual de R\$ 48,83 por habitante. Dessa despesa, quase R\$ 8,6 bilhões estão relacionados a gastos com recursos humanos que, além do salário, incluem férias, gratificações, passagens, verba de gabinete, dentre outros dispêndios, o que equivale a 92,9% do total de suas despesas. A despesa total da Justiça cresceu a uma média de 10,8% ao ano entre os anos de 2004 e 2008, inflacionada pelo crescimento entre 2005 e 2006 (20%), enquanto que o PIB teve um crescimento médio de 5,9% ao ano.

Tramitaram durante 2008 nos Tribunais Regionais do Trabalho (2º grau) aproximadamente 882 mil processos, dentre estes, 659 mil ingressaram neste ano. Além disso, foram proferidas cerca de 660 mil decisões que puseram fim a processos no 2º grau, ou seja, quase a mesma quantidade de processos distribuídos.¹²²

(c) Na Justiça Estadual, por sua vez, as despesas somaram durante o ano de 2008 a quantia de R\$ 19,1 bilhões, o que representa 0,66% do PIB Nacional, ou um custo anual de R\$ 100,56 por habitante. Dessa quantia, R\$ 16,7 bilhões (ou 87,8%) tiveram por finalidade a aplicação em recursos

¹²¹ Conforme dados do Conselho Nacional da Justiça – CNJ, no documento *Justiça em Números – 2008*, acessado em www.cnj.jus.br.

¹²² Conforme dados do Conselho Nacional da Justiça – CNJ, no documento *Justiça em Números – 2008*, acessado em www.cnj.jus.br.

humanos que, incluem, além do salário férias, gratificações, passagens, verba de gabinete, dentre outros dispêndios. Desde 2004, as despesas crescem a uma média de 8,9% ao ano, ao passo que o PIB obteve uma média de crescimento de 5,9%.

Durante o ano de 2008, tramitaram três milhões de processos no 2º grau da Justiça Estadual, dentre eles, 1,8 milhão ingressou neste ano. Foram, ainda, julgados 1,7 milhão de processos. Cabe elucidar o efeito de crescimento gradual na carga de trabalho ao longo dos anos, associado a uma redução da taxa de congestionamento. Ao passo que entre 2004 e 2008 a taxa de congestionamento reduziu em 10 pontos percentuais (de 52,8% para 42,5%), a carga de trabalho aumentou de 1.441 para 2.066, ou seja, com incremento de 625 processos para cada magistrado, demonstrando uma maior efetividade dos juízes.

No mesmo período, no 1º grau da Justiça Estadual tramitaram mais de 45 milhões de processos, sendo que dentre eles 33 milhões já estavam pendentes de julgamento desde o final do ano anterior. Neste mesmo período, foram sentenciados 9,3 milhões de processos, ou seja, 20% do quantitativo total em tramitação (o que implica difícil tratamento à chamada taxa de congestionamento, tendo em vista o constante aumento do número de processos ingressados e o aumento na carga de trabalho). No primeiro grau, a carga de trabalho dos Juízes chegou a aproximadamente 5,3 mil processos por magistrado, com uma taxa de congestionamento que permanece na faixa de 80% praticamente sem variações desde o ano 2004.¹²³

Estes números precisam ser cotejados quando a discussão é sobre eficiência e mesmo morosidade do Judiciário que, aliás, está relacionada também com o comportamento processual procrastinatório das partes que litigam, beirando a litigância de má-fé, quando não interessados na busca de

¹²³ Conforme dados do Conselho Nacional da Justiça – CNJ, no documento *Justiça em Números – 2008*, acessado em www.cnj.jus.br

um direito ou na imposição de respeito a contratos e obrigações pactuados, mas visando impedir que isso aconteça ou pelo menos buscando protelar o seu cumprimento, o que caracteriza o que se pode chamar de *círculo vicioso da morosidade*, gerando grande número de ações que buscam exatamente violar o sistema normativo explorando a sua morosidade ilicitamente induzida. Tudo isto só aumenta o custo econômico do processo, por exemplo.¹²⁴

Castelar Pinheiro lembra, neste particular, como evidência da influência dos sistemas legal e judicial sobre o desempenho de uma economia, *as várias medidas de risco país produzidas pelas agências de rating, que incluem uma avaliação das instituições jurídicas do país, e da garantia que estas provêm aos direitos de propriedade. O rating de risco soberano, por sua vez, influi no custo de captação externa e nas taxas de juros domésticas, e através destas no volume de crédito, no investimento, no crescimento e assim por diante.*¹²⁵ Ato contínuo lembra o mesmo autor que, *partindo dessa percepção que organizações como o Banco Mundial e o BID preconizam que a reforma do judiciário deve ocupar um papel de destaque na nova rodada de reformas que se faz necessária para dotar as economias em desenvolvimento e em transição de instituições que sustentem o bom funcionamento do mercado.*

Ora, o que se poderia questionar são quais bens da vida são considerados como prioritários no mercado ao qual deve ser garantido o bom funcionamento? Isto é fundamental porque, em regra, este mercado não se

¹²⁴ O que ocorre com maior intensidade, conforme pesquisa de Pinheiro, em causas tributárias, particularmente na esfera federal, em causas comerciais e nas oriundas do mercado de crédito. In PINHEIRO, Armando C. *A Visão dos Juizes sobre as Relações entre o Judiciário e a Economia*. artigo apresentado no seminário “Reforma do Judiciário: Problemas, Desafios e Perspectivas”, promovido pelo IDESP, São Paulo, 27 de abril de 2001. Cópia xerográfica.

¹²⁵ In PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* Op.cit., p.03. Por certo que estas informações em números lançadas precisam de adequada e não ideologizada leitura e interpretação, sob pena de facilmente se culpar a tutela jurisdicional como causa exclusiva dos impactos negativos nas relações sociais (econômicas), esquecendo que esta tutela é sempre provocada e, quando solve litígio constituído, é porque reconhece a existência de irregularidade a ser corrigida, após o devido processo legal e a ampla defesa.

ocupa muito de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e de suas comunidades, tema caríssimo ao Judiciário por imperativo constitucional.

Há outro aspecto, todavia, relacionado com a cultura do conflito que graça na sociedade brasileira, como se todos os problemas intersubjetivos devessem ser tutelados pelo Estado (Juiz). Isto leva ao que posso chamar de *paradoxo da eficiência*, ora entendido com o fenômeno em que, mesmo aumentando as possibilidades de acesso à justiça para a sociedade civil, isto opera como fomento à judicialização das relações sociais, implodindo o sistema de justiça com números incontáveis de processos a serem julgados – *ex vi* o exemplo dos juizados especiais hoje.

Outro dado que diz com a confiança social no Poder Judiciário veio a ser aferido por recente pesquisa intitulada *Índice Latino-Americano de Transparência Orçamentária*, realizada em 12 países da América Latina, pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC, em parceria com a organização não-governamental mexicana Centro de Análise e Investigação (Fundar), dando conta de que, dos Poderes da República, no Brasil, o menos transparente é o Judiciário, além de que, para parcela considerável da população, os políticos são corruptos e o Judiciário só funciona para os ricos.¹²⁶ Esta pesquisa mostrou que o Brasil ficou em quarto lugar no ranking, com 49 pontos em uma escala de um (nada transparente) a 100 (totalmente transparente). Em primeiro lugar ficou a Costa Rica (69), seguida do Peru (54) e Panamá (50). A última participação do Brasil na pesquisa foi em 2003, quando alcançou 50 pontos. De acordo com a pesquisa, dos Poderes da República no Brasil, o Executivo é o mais transparente quanto ao Orçamento, aprovado por 74% dos entrevistados. O Poder Legislativo fica com 11%, e o Judiciário com 4%.

Por óbvio que todos esses fatores impactam economicamente as relações sociais, porque a fidúcia no sistema da justiça é fator decisivo para

¹²⁶ In <http://www.conjur.com.br/2009-nov-10/poder-judiciario-transparente-brasil-aponta-pesquisa>, acessado em 11/11/2009.

que se estabeleçam agendas pró-ativas de crescimento do mercado e da inclusão social.

III – Considerações Finais

Retomando as lições de Gustavo Franco, é preciso que Economia e Direito converjam ainda mais, sob pena de criarem-se colapsos agudos na funcionalidade do jurídico sobre o econômico:

...os debates econômicos, sempre contaminados por conteúdo ideológico, quando são travados entre advogados, e especialmente no âmbito de demandas judiciais, criam uma distorção apontada com propriedade pelo Ministro Nelson Jobim, em seu discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, reproduzido neste volume, e também pelo artigo do professor Rafael Bicca Machado. A distorção consiste em falsear uma simples verdade, conforme ensina o ministro, a de que “só o voto legitima as políticas públicas”, ou seja, é o eleitor quem escolhe, através de um candidato, a privatização, a estabilidade, a abertura, a liberdade cambial, ou contrário disso tudo.¹²⁷

Esta convergência, todavia, tem de ser pautada por determinados vetores e diretrizes que já operam na regulação das relações sociais, como e principalmente as constitucionais, informando que ordem econômica e social se deseja à República¹²⁸, que direitos e garantias precisam estar presentes necessariamente em qualquer ato, fato ou negócio jurídico, e tudo isto é que vai

¹²⁷ FRANCO, Gustavo H. B. *Celebrando a Convergência*. In <http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/Prefacioeconomia.htm>, acessado em 08/01/2009, p.04. Lembra ainda o autor, com acerto, que *Levar as políticas públicas para o Judiciário, buscando nelas identificar algum ângulo geralmente fictício de “irregularidade”, é questionar as escolhas do eleitor, levando o resultado das urnas para o “tapetão” e criando, desta forma, a tão perniciosa insegurança jurídica. Trata-se aí de servir-se do Judiciário para criar embaraços às políticas do adversário político de forma a constranger, denegrir e procrastinar. Democracia é diversidade, temperada por tolerância, esta, por sua vez, deve ser administrada com sabedoria pelo Judiciário.*

¹²⁸ Ou seja, consoante os termos do art.170, da Constituição Federal, em face da Emenda Constitucional nº06, de 15 de agosto de 1995, em seu *caput*, tem-se a finalidade – assegurar a todos existência digna –, os fundamentos – valorização do trabalho humano e na livre iniciativa – e a conformação da ordem econômica para o país.

moldar as relações de mercado no país. Daí que é insuficiente a afirmação de Pinheiro¹²⁹ no sentido de que um judiciário eficiente é essencial também para que firmas e indivíduos se sintam seguros para fazer investimentos específicos, sejam eles físicos ou em capital humano, eis que os agentes privados só farão investimentos altamente especializados se estiverem seguros de que os contratos que garantem suas atividades serão corretamente implementados, razão pela qual é necessário que haja um judiciário eficiente e independente que faça com que esse contrato seja respeitado.

Mas pergunta-se: E as chamadas cláusulas abusivas dos contratos podem ser admitidas? Ainda podem valer ensinamentos que se pautavam pela lógica de que o princípio da força obrigatória no contrato contém insita a idéia que *a palavra individual, enunciada em conformidade com a lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, é tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos?*¹³⁰ A jurisprudência e a doutrina contemporâneas têm mostrado que não; pois a dinâmica das relações sociais estão presentes também nas relações de mercado, e que, ao menos no Brasil, no âmbito dos negócios consumeristas (como em outros também), o princípio da hiposuficiência do consumidor é fruto exatamente do reconhecimento da realidade material que sempre circunda qualquer manifestação de vontade formal.

Assim é que se impõe saber se é possível pensar em um conceito de eficiência jurídica para além dos limites estreitos postos pelo Mercado, uma vez que, em regra, este conceito parte do equivocado pressuposto de que

¹²⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica*. Op.cit., p.13.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p.11. Na mesma direção foi Orlando Gomes, em sua primeira fase intelectual, ao asseverar que *essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico. Praticamente, o princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa a impossibilidade de revisão pelo juiz*. In GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.37.

incrementando a eficiência se aumenta a riqueza, o que, necessariamente, não tem levado à equidade e à distributividade, já que é visível – notadamente no Brasil – a desigualdade em relação à distribuição de atributos individuais.

Em recentes pesquisas desenvolvidas no país, tem-se apontado como critérios de mensuração material de eficiência funcional do Poder Judiciário os seguintes: agilidade, previsibilidade, imparcialidade e custo de acesso, eis que, cada um desses elementos influencia: (a) a utilidade esperada de recorrer-se ao judiciário; (b) a decisão dos agentes de recorrer ao judiciário ou a outro método de resolução de disputa; (c) as decisões de produção, investimento e contratação em geral, na medida em que, sendo a ida à justiça algo que pode ocorrer em qualquer negócio, a forma como essa funciona ajuda a determinar o retorno esperado do negócio.¹³¹ Respostas a estes interrogantes possuem dimensões econômicas efetivas que vão se associar na avaliação funcional do Poder Judiciário, o que, vinculado às questões de satisfatividade social do serviço que este presta, considerando cada e diferente segmento comunitário, pode dar um perfil cada vez mais detalhado da eficiência institucional do Estado-Juiz.

Aqui entra, então, outra lógica de eficiência, denominada de *Eficiência Econômico-Social – PEES*, na dicção de Everton Gonçalves¹³², visando à equalização ao máximo possível dos interesses do mercado em face dos sociais, o que redundará em necessária harmonização – tanto quanto possível – da ação econômica dos agentes, observados critérios constitucionais como

¹³¹ PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica*. Op.cit., p.03.

¹³² GONÇALVES, Everton. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. In <http://repositories.cdlib.org/bple/alcade/050207-01>, p.11, acessado em 12/01/2009. O autor lembra que: *O próprio Posner ensina que a riqueza, não sendo o único critério de escolha social, deve, no entanto, ser considerada, tanto quanto outros anseios sociais. Assim, socialmente, deve ser almejada a distributividade da riqueza e deve ser propiciada inclusão, dos desejos individuais de cunho não economicista, no cálculo econométrico de custo/benefício conforme utilização de metodologia adequada para a mensuração das variáveis; objetivando, por fim, a maximização do bem-estar das populações envolvidas.*

distributividade, justiça social, defesa do meio ambiente, erradicação do desemprego, etc, (ordem econômica e social) dando primazia a eles quando da tomada de decisões no âmbito destas relações. Nas palavras do autor:

Não obstante, tem-se que o PEES prima, quando da elaboração ou aplicação normativa, pela essência econômica da norma que, devendo ser eficiente – maximizadora de resultados esperados quando da adjudicação de direitos entre os agentes, ou quando determinante de obrigações – não deve olvidar a consideração, no cálculo econométrico, das variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades que se aufere sacrificando determinados bens e serviços de outrem, ainda, considerado o maior número possível ou a totalidade dos agentes envolvidos e possibilitada a eliminação das externalidades para a sociedade presente e futura.¹³³

Não estou defendendo a necessidade de que o magistrado seja um esperto econômico em termos de domínio das fórmulas e cálculos complexos que informam esta ciência, a serem aplicadas às realidades circundantes em que operam os conflitos, inclusive para dar conta de temas que envolvem, exemplificativamente: (a) o preenchimento de lacunas em contratos; (b) o problema da imprevisibilidade e inexequibilidade de determinadas cláusulas contratuais; (c) a questão da reparação de danos e inadimplemento contratual – bem como moral e extra-contratual; (d) a questão da responsabilidade civil por ato ilícito e suas dimensões indenizatórias; (e) o tema da responsabilidade limitada no direito comercial e a própria análise mais acurada da nova lei de falências no país.¹³⁴ Estou tão somente afirmando que é preciso sensibilizar os decisores judiciais de que suas deliberações causam, sempre, endógena e exogenamente, impactos econômicos, e quanto mais tais variáveis desta ordem

¹³³ Idem, p.15. Ampliando os horizontes sociais desta relação vai GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹³⁴ No âmbito do Direito Público isto é patente também, basta ver o universo de questões econômicas que tratam, hoje, o poder normativo das agências reguladoras, além dos clássicos problemas atinentes à evasão fiscal e o cumprimento de normas tributárias.

estiverem presentes no processo de tomada da decisão, melhor será para todos os envolvidos.

Se de um lado à discussão destes típicos pontos judicialiformes tem-se reconhecido a importância de noções econômicas para os fins de densificação material do seu tratamento, até para não gerar, com a decisão judicial, sobreposições e desequilíbrios entre os interesses e as partes, de outro, como quer Gustavo Franco, a politização exarcebada do Judiciário tem se afigurado como distorção de uma Democracia jovem, que ainda não soube trabalhar inteiramente as nuances do Estado Democrático de Direito, sendo que as vítimas desse aprendizado são as instituições e as pessoas que se valem de políticas públicas legítimas, cujo contraditório, igualmente legítimo, deve ter lugar no Parlamento e no plano das idéias, como é normal em qualquer Democracia, e não fundamentalmente nos tribunais.

De qualquer sorte, o sistema normativo brasileiro vai estabelecer parâmetros diretivos às relações econômicas, notadamente a Constituição de 1988, e é a partir dela que quero contextualizar esta abordagem.

CAPÍTULO TERCEIRO

ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO

I – Notas Introdutórias

Sabedouro de que os temas que envolvem a discussão sobre Ordem Econômica e Constituição são complexos e variados, pretendo tão somente neste capítulo alinhar algumas considerações sobre o tema que possam servir à reflexão que envolve os impactos econômicos das decisões judiciais. Para tanto, mister é que se delimite os contornos constitucionais da matéria, isto porque é a norma fundamental que dá os parâmetros de possibilidades da economia no país – aliado, por certo, aos ditames mercadológicos fáticos (nacionais e internacionais).

Vou enfrentar, então, como se colocam os elementos econômicos na ordem constitucional brasileira, em termos de princípios e regras jurídicas, para em seguida avaliar quais os referenciais infraconstitucionais que estão também a balizar as relações jurídicas neste ponto.

II – A Ordem Econômica Constitucional no Brasil: aspectos principiológicos

Qualquer tentativa de abordagem sobre o tema da relação entre ciências econômicas e jurídicas é sempre marcada por níveis de complexidade altamente sofisticados, notadamente quando se busca estabelecer interfaces entre estes conhecimentos para solver problemas concretos. Todavia, no âmbito normativo – e inexoravelmente político¹³⁵ –, estas relações vêm previamente informadas por ditames de natureza constitucional e infraconstitucional.

¹³⁵ Tenho plena consciência de que, na dimensão política, estas discussões remeteriam, obrigatoriamente, ao enfrentamento das diversas formas de manifestação e organização da economia e do direito nos distintos modelos de Estado que o Ocidente tem

Quero dizer que, ao lado da dimensão fática e avalassadora da dinâmica social e de mercado que envolvem tais temas – o que por vezes vai de encontro ao que disciplinam os sistemas normativos que versam sobre eles –, é imperioso ter-se em conta, em especial quando se trata de decisões judiciais, como estão postos os comandos jurídicos vinculantes destes cenários.

Restringir-me-ei, temporal e espacialmente, a tecer comentários sobre a situação brasileira a partir da Constituição de 1988, isto porque, antes disso, concordando com Bresser Pereira:

*A evolução do Estado brasileiro pode ser dividida em três fases básicas: o Estado Oligárquico, de 1822 a 1930; o Estado Populista, até 1964; e o Estado Tecnoburocrático-capitalista, a partir dessa data. A rigor deveríamos acrescentar a expressão "capitalista" a todos os três tipos, porque o modo de produção dominante no Brasil foi sempre o capitalista, e o Estado sempre esteve a serviço desse sistema. Na primeira fase, a formação social é agrário-mercantil. Elementos pré-capitalistas permearam o capitalismo mercantil dominante. A segunda fase corresponde à implantação do capitalismo industrial no Brasil e à liquidação das formações pré-capitalistas e mercantis. É uma fase de transição, que desemboca no capitalismo industrial moderno. O modo de produção capitalista, entretanto, embora sempre dominante, nunca chega a apresentar-se de forma relativamente pura no Brasil. Este capitalismo industrial moderno, que hoje caracteriza a formação social brasileira, já está marcado por claros traços tecnoburocráticos.*¹³⁶

É no Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988 que a Ordem Econômica vai vir delineada de forma mais pontual, como que ultrapassando momentos históricos em que o país se despreocupou com a necessidade de aliar o crescimento econômico com o desenvolvimento social. Por esta razão, talvez, é que vai se encontrar elevada à dicção constitucional a

experimentado – Estado Liberal, Estado Social, Estado Neo-Liberal, Estado Democrático de Direito, etc., todavia, não tenho tempo para esta exploração, até porque refoge do intento deste trabalho. Ver o texto de HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Guanabara, 2002.

¹³⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O Estado na Economia Brasileira*. In <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1977/77.EstadoEconomiaBrasileira.pdf>, acessado em 19/01/2009.

previsão normativa de que a livre iniciativa e o valor do trabalho humano são princípios fundantes da ordem econômica nacional (art.1º e art.170, da CF/88).

Tais princípios, entretanto, precisam ser compreendidos a partir de, no mínimo, dois âmbitos que se complementam, a saber: (a) as atividades econômicas no país estão comprometidas à dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais – notadamente sociais (arts. 5º, 6º e 7º, da CF/88); (b) a economia no país é capitalista, eis que se funda no direito da propriedade privada (art.5º, XXII e art.170, II, da CF/88, o que significa garantir meios de produção privados), bem como na livre empresa e livre concorrência (art.170, Único, e inciso IV, CF/88). Com isto, a Constituição nacional – assim como a maior parte dos países ocidentais – cria um desafio hercúleo à Sociedade contemporânea: equalizar mercado, capitalismo e justiça social, com a absoluta convicção de que o primeiro deve se submeter à terceira, pela simples razão de que é a vida humana que não pode periclitar ou ser violada em seus direitos fundamentais.¹³⁷

Por outro lado, quero discordar das posturas que sustentam que a Ordem Econômica constitucional vigente visa, precipuamente, à fruição e ao exercício dos Direitos Sociais, haja vista que, exemplificativamente, é somente através da regulamentação de medidas de política econômica que se pode coibir a concentração de empresas, monopólio do mercado e outras formas de abuso do poder econômico, fatos que geram uma suscetibilidade muito grande do consumidor em relação aos interesses privados e conseqüente aumento de preços.¹³⁸ Há que se estabelecer o sempre difícil equilíbrio entre interesses econômicos que aparentemente se conflitam (crescimento econômico x

¹³⁷ Daí a feliz expressão de MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p.38, no sentido das constituições contemporâneas estabelecerem certa orientação às suas economias capitalistas. Na mesma direção vai SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, sustentando que a Constituição de 1988 dá forma à ordem econômica nacional.

¹³⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos na ordem jurídica interna*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 211-212.

desenvolvimento social), porque esta foi a opção da ordem constitucional vigente, sob pena da ideologização extrema do Texto Político inviabilizar uma factível orquestração das relações sociais e de mercado – principalmente em nível transnacional.

Veja-se que em situações e temas estratégicos, nos termos do art.173, da CF/88, prevê-se a exploração direta por parte do Estado de atividades econômicas que interessam à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, reconhecendo-lhe ainda competências de agente normativo e regulador da economia, com forte acento fiscalizatório.

Ocorre que isto está dado normativamente, não cabendo discussões que tentem flexibilizar ou alterar o que pretendeu o Constituinte. Cumpre tão somente dar efetividade a estes comandos, o que, se não é fácil, tampouco é impossível, como vai se ver.

No plano da teoria do direito se tem já acentado a função primordial e vinculante dos princípios jurídicos, em especial os constitucionais, eis que se apresentam, como já tive oportunidade de dizer¹³⁹, como núcleo básico de um sistema jurídico, verdadeira norma-guia de finalidades e objetivos a serem alcançados pela Sociedade que o adota.¹⁴⁰ Enquanto norma que integra o sistema jurídico, é norma jurídica válida, vigente e a espera de eficácia (se constitucional, imediata).

¹³⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Vai neste sentido a posição de Eros Grau, ao insistir com o fato de que um sistema jurídico não pode ser constituído tão-somente por regras, integrando-o, necessariamente, e princípios jurídicos ou princípios de Direito (princípios positivos do Direito ou princípios gerais do Direito). In GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988- Interpretação e Crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.95 e seguintes.

¹⁴⁰ Neste sentido o texto de CARRIÓ, Genaro. *Princípios Jurídicos e Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p.37. Já numa acepção mais lógica, REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, pg.60, nos diz que os princípios são definidos como *verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade*.

Karl Larenz sustenta – com o que concordo – que os princípios são verdadeiras pautas orientadoras da normatividade jurídica que possuem tanto função de persuasão como de justificação de decisões jurídicas, delimitando as significações vinculadas do sistema como um todo.¹⁴¹

Numa direção mais pragmática, se pode dizer que, desde uma teoria axiológica dos direitos fundamentais (que parte, dentre outras, da teoria da integração de Rudolf Smend¹⁴² e chega até Robert Alexy¹⁴³), aqueles princípios fixam valores fundamentais da comunidade, formando um sistema de bens jurídicos passíveis de tutela – singular ou coletiva; um sistema cultural, através do qual, os indivíduos alcançam um *status* material e substantivo.

Do mesmo modo que na teoria da estatuição¹⁴⁴, ou na teoria institucionalista¹⁴⁵, de forma mais genérica, os direitos fundamentais e os princípios jurídicos que os densificam – como os que estou fazendo referência no âmbito da Carta Política brasileira de 1988 –, têm caráter de normas objetivas e não de pretensões subjetivas. Recebem seu conteúdo objetivo como emanção do fundamento axiológico da comunidade estatal e como expressão de uma decisão valorativa que a comunidade toma para si (para tais escolas, isto ocorre no âmbito do processo legislativo e não mais após a norma estar vigendo em sua forma acabada). De qualquer forma, mesmo utilizando os referenciais mais dogmáticos de uma abordagem restritiva do sistema jurídico, de seus ordenamentos e normas, isso repercute diretamente no conteúdo da liberdade e da vontade cotidianas dos sujeitos de direito (e sujeitos econômicos),

¹⁴¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, pg.24 e ss.

¹⁴² Como quer SMEND, Rudolf. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Civitas, 1990, pg.86 e ss.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudos constitucionales, 1997.

¹⁴⁴ Como a Kelseniana, por exemplo. Ver os textos de KELSEN, Hans. *What is Justice?* Los Angeles: University of California Press, 1997, pgs.203/224. Ver igualmente o texto de HERVADA, Javier. *Qué es el Derecho?* Navarra: Ediciones Universitárias, 2002, pg.49 e ss.

¹⁴⁵ Como a de HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1971.

bem como na sua forma de efetividade (procedimental), vinculada que está à realização dos valores expressos naqueles direitos.

Daqui decorre a coerência e importância das contribuições de Konrad Hesse, ao sustentar que, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas e se transforma em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, desde que, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem.¹⁴⁶

No caso particular da Ordem Econômica Constitucional, em que as relações jurídicas não se encontram necessariamente tipificadas em normas escritas e fechadas em códigos, os princípios têm uma função importantíssima no sentido de viabilizar a interpretação e aplicação das regras existentes em face da dinâmica que é própria do Mercado das Relações de Produção e Consumo.

É neste sentido que Vigo¹⁴⁷ sustenta cumprirem os princípios jurídicos diversas funções distintas no sistema normativo, desde o aspecto de

¹⁴⁶ Conforme HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, pg.14 e seguintes. Textualmente diz Hesse: *pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição*. Na dicção do autor, existem alguns pressupostos necessários para que a constituição possa desenvolver sua força normativa, podendo ser citados os seguintes: a) quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser o desenvolvimento de sua força normativa; b) um ótimo desenvolvimento da força normativa da constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua práxis. Isto quer dizer que de todos os partícipes da vida constitucional exige-se partilhar da chamada vontade de Constituição.

¹⁴⁷ VIGO, Rodolfo. *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p.36. No mesmo sentido ENTERRÍA, Eduardo García. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol.I.. Madrid: Técnos, 1990, p.67, sustenta que *estos principios generales del derecho constituyen – en sentido ontológico – la causa y la base del ordenamiento porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido*.

elucidação do sentido de uma norma ou conjunto delas, até a instituição de novas formulações jurídicas sobre a matéria que tratam.

A doutrina espanhola sobre o tema, por exemplo, sugere que: (a) as indeterminações das normas que surjam na base das diferentes possibilidades que se colocam à aplicação normativa, devem ser resolvidas da maneira que mais se aproxime ao que estabelecem os princípios; (b) devem ser rechaçadas todas as interpretações que conduzam a uma consequência que contradiga direta ou indiretamente o princípio.¹⁴⁸

Isto dá uma idéia bastante clara sobre a importância dos princípios que alimentam o sistema jurídico de um país, enquanto elementos inexoráveis no processo de constituição e interpretação de normas e ações individuais e coletivas, privadas e públicas, ocorrentes no cotidiano do mundo da vida.

De outro lado, parto do pressuposto de que, em face da natureza ampliativa e fundante que os princípios tomam no constitucionalismo contemporâneo e na Constituição Brasileira de 1988, eles demandam compreensão integrativa e uniforme sob a perspectiva do sistema a que pertencem. Ou seja, todos os princípios jurídicos (constitucionais e infraconstitucionais) se inter-relacionam, estabelecem entre si comunicações necessárias e integrativas, diferenciando-se, pois, das regras jurídicas, notadamente no que diz com suas dimensões oficiais.

Na dicção de Canotilho, é possível encontrar alguns critérios para que o operador do direito estabeleça a distinção entre os princípios e regras jurídicas, a saber: (a) o grau de abstração, pois considera que os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado, ao contrário das regras que possuem uma abstração relativamente reduzida; (b) o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, eis que os princípios, por

¹⁴⁸ Estou falando, por exemplo, de autores como: ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Técnos, 1981, p.104; DE LA TORRE, Sanches. *Los principios clásicos del derecho*. Madrid: Paidós, 1981, p.122; PÉREZ, Jesus González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1986, p.44.

serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; (c) o caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito, uma vez que os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico; (d) a proximidade da idéia de direito, pois os princípios são *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito, o oposto das regras que podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal; e por fim, (e) a natureza normogenética dos princípios os destaca no sistema, pois se apresentam como verdadeiros fundamentos de regras jurídicas.¹⁴⁹

Se o constituinte brasileiro se preocupou em estabelecer princípios constitucionais à ordem econômica do país – e o faz gramaticalmente –, para os fins de valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, do asseguramento de existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, detalhou-os da seguinte forma: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Por certo, como já referi antes, e conforme a dicção do parágrafo único, do art.170, restou também assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2002, pág.118.

públicos, salvo nos casos previstos em lei, ratificando o entendimento de que deverá ser compatível o sistema capitalista eleito com os ditames normativos sociais mencionados.

Então, se é verdade que *o mercado enquanto instituição social é um fato e, portanto, antes de mais nada, existe*, ele deve ser mais do que influenciado pelo Direito (com maior ou menos eficiência social), como quer parte da doutrina especializada¹⁵⁰, mas deve ser pautado pelos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais compromissadas democraticamente, perseguindo a garantia de valores, objetivos e finalidades republicanas estatuídas pelo Texto Político vigente.

É tão importante tal perspectiva, que o próprio Estado brasileiro, observado o sistema capitalista protegido constitucionalmente, cria estrutura institucional para intervir neste *fato social que é o mercado*, tanto para promover o desenvolvimento econômico e a proteção da livre iniciativa – ex vi eventual estrutura concorrencial concentrada em poucos agentes denotando *imperfeições mercadológicas* –, como para garantir maior equilíbrio entre crescimento econômico e desenvolvimento social. Estou falando, por exemplo, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Secretaria de Direito Econômico, regulamentados pela Lei 8884/94.¹⁵¹

É óbvio que há posições diversas desta, fundadas em leitura mais economicista do que humanista das relações entre sujeitos econômicos (que são jurídicos também), sustentando que:

¹⁵⁰ Estou falando do texto de TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca. *Direito, Mercado e Função Social*. In Revista Ajuris. Vol.103. Porto Alegre: Ajuris, 2006, p.198. Para os autores: *o Direito importa para o funcionamento do mercado porque a eficiência das trocas econômicas depende de um baixo custo de transação e de uma clara atribuição da propriedade. Tanto o é que países de altos custos de transação – caracterizados por pouca confiança interpessoal, por um judiciário lento e ineficiente – como de regra os países latino-americanos, tendem a se desenvolver menos.* (p.203).

¹⁵¹ Ver os trabalhos de DUTRA, Pedro (org.), *A Concentração do Poder Econômico: Jurisprudência Anotada*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, e MATTOS, César (org.), *A Revolução Antitruste no Brasil – A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*. São Paulo: Singular, 2003.

o sistema jurídico cumpre maior função social num modelo regulatório em que o Direito respeita, protege e reforça o mercado, pois admite que este é um fato e uma necessidade social permitindo que ele se desenvolva beneficiando toda a coletividade que nele interage. Dessa maneira, por exemplo, equivocam-se aqueles juristas que defendem que a função social do Direito Privado deva ter um caráter redistributivo, de índole publicista ou constitucional, com vistas a gerar maior “justiça social” – tema que tanto vem sendo discutido em razão do polêmico artigo 421 do Código Civil.¹⁵²

Não posso concordar com isso, a uma, porque em países com as diferenças (fáticas) sociais e econômicas como o Brasil, em face mesmo das promessas constitucionais, impõem-se políticas públicas (inclusive econômicas) compromissadas com os Direitos e Garantias Fundamentais – e seus princípios e regras conformadoras; a duas, porque o sistema jurídico brasileiro como um todo demanda ações prospectivas destas políticas – inclusive judiciais –, garantindo as regras do jogo democráticos previamente demarcadas pela Constituição.

Isto se projeta também para o chamado Direito Privado, em especial no Brasil, a partir do Novo Código Civil, como lembra Eugênio Facchini Neto:

a autonomia privada passa a conviver com o princípio da boa-fé objetiva (CC, arts. 113, 187 e 422), que pode fazer surgir deveres instrumentais, laterais, que não foram previstos ou desejados pelas partes (ou por uma delas); a obrigatoriedade do contrato é atenuada em razão do princípio da justiça contratual ou equilíbrio econômico do contrato, o que permite a anulação, resolução ou revisão dos contratos, mediante a aplicação de institutos, como a lesão, estado de perigo, imprevisão, base objetiva do negócio jurídico, excessiva onerosidade superveniente (arts. 156, 157, 317 e

¹⁵² TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca. *Direito, Mercado e Função Social*. Op.cit., p.205. Afirnam expressamente os autores que: *Justamente por isso, equivocam-se aqueles que pretendem publicizar os institutos de Direito Privado como o contrato e a propriedade, buscando aplicação direta da Constituição Federal de 1988 nas relações entre particulares, no intuito de gerar maior “justiça social”. É que esta proposição acaba agregando incerteza, imprevisibilidade e ineficiência nas operações de mercado, instrumentalizando uma verdadeira “desfuncionalização” do Direito Privado.* (p.206).

478 do CC, além do art. 6º, V, e 51 do CDC); afinal, a relatividade dos efeitos do contrato é atingida pelo princípio da função social (art. 421).¹⁵³

De qualquer sorte, os princípios constitucionais e infraconstitucionais estão sim a alcançar todas as relações jurídicas, fundamentalmente econômicas, sejam públicas ou privadas¹⁵⁴, e por esta razão apresentam-se como filtros de validade e mesmo legitimidade delas.¹⁵⁵

Por estas razões que não concordo com as posições que sustentam que *a plena satisfação das promessas Constitucionais, ou seja, dos Direitos Fundamentais, parece impossível num mundo de escassez*, por se estar fundada em premissas equivocadas, eis que ela se afigura impossível em qualquer situação real de convivência humana – em qualquer parte do globo terrestre –, pelo simples fato de que é o cotejamento das demandas infinitas em face dos recursos finitos que apresenta tal situação, e não pelo fato de que *esta constatação apropriada pelo discurso neoliberal significa a renúncia à*

¹⁵³NETO, Eugênio Facchini. *A função social do direito privado*. In Revista AJURIS, vol.105, março de 2007. Porto Alegre: AJURIS, 2007, p.163.

¹⁵⁴ E isto porque *o pathos da sociedade de hoje (...) é o da solidariedade: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem estar) de cada um dos outros membros da sociedade (...) a liberdade já não é apenas limitada pela liberdade dos outros particulares, mas também pelos reflexos da solidariedade social nas relações intersubjetivas entre os sujeitos de direito*. In WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p.718 e 720.

¹⁵⁵ Quando estas perspectivas se projetam para o âmbito das relações privadas, em regra fundadas pela lógica liberal da *manifestação livre da vontade* que deve ser respeitada, as divergências se acirram, principalmente por parte daqueles que praticavam negócios jurídicos sem controle sobre abusividades contratuais. Daí a acertada lição de Enzo Roppo: *O Direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal de per si não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações econômicas (ou até sobre sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objetivos que bem se podem apelidar de políticos lato sensu*. In ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 23. Na mesma direção ver PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

concretização do Estado do Bem Estar Social.¹⁵⁶ O exemplo maior disto tem sido a falência do modelo de Estado do Bem Estar Social em boa parte da Europa, o que a tem feito revisar políticas públicas sociais significativamente.¹⁵⁷

Não se pode ter posições maniqueístas sobre estes temas em face da complexidade que eles apresentam e das múltiplas variáveis que exsurgem do seu enfrentamento – políticas, culturais, religiosas, etc. Daí porque se afiguram como deverasmente alocativas e disjuntivas as decisões sobre o escalonamento e atendimento das prioridades legislativas, administrativo-orçamentárias e mesmo judiciais no âmbito do asseguramento de Direitos em geral e Direitos Fundamentais em particular, o que implica reconhecer a necessidade da formatação democrática e participante de critérios os mais objetivos e transparentes possíveis destas escolhas.¹⁵⁸

III – Algumas matrizes infraconstitucionais da ordem econômica no Brasil

Ao lado dos princípios constitucionais que informam a ordem econômica no país, tem-se toda uma legislação infraconstitucional que faz o mesmo, na particularidade dos casos concretos que alcança.

Atente-se, de pronto, para o tema que versa a Lei Federal nº 8884/94, e mais particularmente a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE), fazendo referência a duas impactantes decisões político-econômicas tomadas no país envolvendo a proibição de atos de concentração e/ou de autorização condicionada à venda de ativos (inclusiva marcas) como o caso Kolynos-Colgate e o caso Nestlé-Garoto.

No primeiro caso (Colgate-Kolynos), submeteu-se ao CADE uma possível situação de concentração de empresas, gerada pela aquisição da

¹⁵⁶ ROSA, Alexandre Morais da & LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumes Jurídica, 2009, p.65.

¹⁵⁷ Ver o texto de CASSESE, A. *I Diritti umani oggi*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

¹⁵⁸ Aprofundo esta discussão em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Kolynos pela Colgate, proporcionando-lhe o percentual de 78,1% de poder de mercado, apresentando a primeira como argumento justificatório do negócio o fato de que estaria gerando *eficiências econômicas*.¹⁵⁹

Em tal procedimento, chegou o CADE à conclusão de que o percentual de 78,1% de concentração em poder de uma única empresa (o que resultaria do negócio sob comento) seria prejudicial à livre iniciativa e concorrência, restando evidente que com a compra da marca Kolynos (quicã a de maior demanda no mercado), a Colgate reinaria soberana no mercado, contribuindo em muito para impactar a concorrência.

Por tais razões, o CADE induziu a formatação de um termo de Compromisso de Desempenho da Colgate, reconhecendo que a concentração de empresas envolvidas poderia vir a prejudicar a concorrência, ajustando prazos para o uso da marca.

No segundo caso (Nestlé-Garoto)¹⁶⁰, ato de concentração diz com a aquisição da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda, em que os acionistas da Chocolates Garoto S/A optaram pela alienação das participações acionárias desta a uma empresa de tradição no setor com toda a qualificação e capacitação para manter e desenvolver os ativos da empresa.

À análise da matéria, o CADE teve de levar em conta questões atinentes ao mercado de cobertura de chocolate líquida, cobertura de chocolate sólida, achocolatados, chocolates em pó, chocolates variados, caixas de bombons, ovos e páscoa, o que evidencia a complexidade das variáveis que compõe os juízos de valor e fáticos à solução da controvérsia.

Apreciando tais elementos, concluiu o CADE existir neste negócio reais ameaças à livre concorrência nos mercados dos produtos analisados, decidindo pela desconstituição da operação, o que implicava a venda de ativos

¹⁵⁹ Processo nº0027/1995, relatora Lucia Helena Salgado e Silva. In WWW.cade.gov.br, acessado em 22/01/2009.

¹⁶⁰ Processo nº 08012.001697/2002-89, relator Ricardo Villas Bóas Cueva. In WWW.cade.gov.br, acessado em 22/01/2009.

da Garoto pela Nestlé, ou ativos equivalentes àqueles adquiridos quando da realização do Ato a um terceiro interessado, aprovado pelo CADE, que não possua participação de mercado superior a 20% no mercado relevante e que se apresentasse como competidor capaz de sustentar a marca.¹⁶¹

Imagine-se tais questões tendo de ser decididas pelo Judiciário diretamente. Tendo o CADE, pois, demonstrado o universo de elementos de alta complexidade que envolve a discussão sobre interesses – públicos e privados – econômicos na órbita da funcionalidade dos mercados, isto faz com que a prática forense se especialize a partir das experiências já formatadas em termos administrativos, podendo aprender com estas outras ambiências para dar maior consistência reflexiva e deliberativa as suas tomadas de posição diante de casos concretos, sem falar na rapidez da decisão que, se fosse judicializada, por certo demandaria mais tempo.

Registre-se, ainda, que a repressão a condutas anticoncorrenciais é da mais alta importância para o cotidiano das relações de mercado e consumo, eis que consiste na apuração de comportamentos de empresas que podem configurar infração à ordem econômica. São exemplos corriqueiros disto: as vendas casadas, os acordos de exclusividade e a prática de cartel – adoção de conduta concertada entre empresas que atuam em um mesmo mercado, por meio de fixação de preços, de divisão de mercados ou de falseamento em licitações públicas, etc. Nossos Tribunais se defrontam a todo o momento com estas situações, e é preciso que os magistrados estejam preparados para a tomada de decisões neste particular.

Nesta mesma direção há uma série de normas infraconstitucionais hoje que estão a regulamentar relações econômicas desenvolvidas no mercado, as quais precisam ser levadas em conta, notadamente em termos de integridade do sistema jurídico nacional.

¹⁶¹ Com base no § 9º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94.

Pode-se dar o exemplo aqui das relações de consumo envolvendo um leque imenso de atividades econômicas, a começar pelos serviços públicos (art.22, da Lei nº 8.078/90, por exemplo), hoje plenamente vinculados aos dispositivos legais que visam à proteção do consumidor.

Entram aqui também os serviços de prestação de energia elétrica, alcançados pelas disposições da Lei nº 9.427, de 26-12-96, bem como pelo Decreto nº 2.335, de 06-10-97. Tais dispositivos outorgam à Agência Reguladora do Setor competência para dirimir administrativamente as divergências entre concessionárias, permissionárias, produtores independentes e consumidores, impondo-se a ela ainda a regulação levando em conta as necessidades dos consumidores e o pleno acesso aos serviços de energia elétrica (Anexo I, art. 3º, II, do Decreto referido), criando condições para a modicidade das tarifas, sem prejuízo da oferta. O art. 21, da Lei, impõe que as decisões sejam tomadas após audiência pública, com dois propósitos importantes para o tema: recolher informações e permitir que os consumidores encaminhem pleitos e sugestões, sendo que à tomada de decisões envolvendo questões afetas aos consumidores e agentes econômicos (produtores ou fornecedores), as reuniões da Diretoria da Agência poderão ser públicas (art. 22).

Já no que tange à possibilidade de suspensão do fornecimento da energia enquanto bem da vida fundamental à dignidade da pessoa humana, o Superior Tribunal de Justiça, ora por fundamentos de ordem contratual e econômica, ora destacando a necessidade de manter-se o serviço essencial, tem em alguns julgados autorizado, ou não, o corte da energia em face de dívidas pretéritas.¹⁶²

¹⁶² Ver os julgados: EDcl no AgRg no REsp 1069215 / RS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL nº2008/0140704-7, relator Min. Francisco Falcão, julgado em 11/11/2008, publicado no DJe 17/11/2008 e o REsp 705203 – SP ; RECURSO ESPECIAL. 2004/0166429-5. Relatora Ministra Eliana Calmonn. II Turma. Julgado em 11/10/2005, publicado no Diário de Justiça de 07.11.2005 p. 224; em sentido contrário, não admitindo o corte da energia, ver STJ, Rel. Min. José Delgado, RMS nº 8915-MA, 97/0062447-10, 1ª T., julgado em 12.05.98, DJ de

No setor de telecomunicações isto também ocorre, basta ver-se o que dispõe a Lei nº 9.742, de 16-07-97, no sentido de que o Poder Público deve garantir a toda população acesso às telecomunicações e fortalecer o papel regulador do Estado (art. 2º). Ao listar os direitos do usuário (art. 3º), fornece elementos importantes para o Direito do Consumidor em tema de serviços públicos, tais como o direito ao acesso aos serviços, sem discriminação (art. 3º, I e III).¹⁶³ Por óbvio que tais procedimentos e prerrogativas têm um custo de instalação e operação que se projeta para o contrato e as relações entre consumidores e fornecedores, o que precisa a todo tempo estar sendo monitorado para aferir se existem abusos ou violações de direitos envolvidos.

Outro setor importante da economia que tem sentido os influxos do controle normativo e judicial é o da saúde, em especial no que diz respeito aos serviços privados, eis que os Tribunais – em regra – têm aplicado o código consumerista nos contratos entabulados no particular (contratos de seguro-saúde e de convênios ou planos de saúde), exercendo severo controle de eventuais cláusulas abusivas, seja para impedir alterações unilaterais e ampliar a transparência, como para manter a comutatividade (proporcionalidade) entre prestações e expectativas razoáveis, tema que será aprofundado mais tarde.¹⁶⁴

17.08.98 e o No Recurso Especial nº691516 / RS, relator Ministro Luiz Fux. I Turma, julgado em 11/10/2005, publicado no Diário de Justiça de 24/10/2005, p.193.

¹⁶³ O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de dizer que: *A mudança na nova sistemática de medição e de detalhamento dos serviços de telefonia veio para dar cumprimento à também moderna tendência de transparência nas relações de consumo trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 6º, III, a qual encontrou eco no art. 3º, IV, da Lei Geral de Telecomunicações.* In AgRg no REsp 1041277/MG, AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL nº2008/0058313-2, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, 26/08/2008, publicado no DJe 04/11/2008.

¹⁶⁴ *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MEDIDA CAUTELAR PARA DESTRANCAR RECURSO ESPECIAL RETIDO. REQUISITOS. DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL. DIREITO À VIDA.* Ementa de Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relatoria do Min. Luiz Fux, nos autos do AgRg na MC 14274 / PR. AGRADO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR nº2008/0118866-3, julgado pela Primeira Turma, julgado em 02/10/2008, publicado no Diário Oficial em 16/10/2008. Neste feito, o STJ referiu expressamente que: *excepcionalmente, tem conferido efeito suspensivo a recurso que não o*

Ao lado destes temas polêmicos, há toda uma legislação protetiva dos direitos que podem potencialmente ser atingidos, como é o caso da lei que regulamenta os crimes contra a economia popular (Lei nº1.521/1951), e a Lei que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº8.137/1990).

Estas normas cogentes, longe de pretender determinar os rumos do mercado, buscam evitar seus abusos, o que igualmente implica sérios impactos na ordem econômica – mesmo a que tem caracteres de alta informalidade como a nossa –, basta ver a tipificação penal de condutas como: (a) promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio; (b) reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços; (c) vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência.¹⁶⁵ Não há dúvidas de que se fazem necessárias ações estatais fiscalizatórias e regulatórias neste âmbito, tanto preventivas como curativas, sob pena dos danos serem ainda piores e maiores principalmente à sociedade.

Da mesma forma se tem como crime no Brasil iniciativas que busquem: (a) abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência; (b) discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; (c) vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não

tem, com vistas a evitar dano irreparável ou de difícil reparação à parte, mesmo que ainda não tenha lançado Juízo de sua admissibilidade, em homenagem aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, desde que presentes os pressupostos do periculum in mora e o fumus boni iuris.

¹⁶⁵ Art.3º, da Lei nº1.521/1951.

corresponda à respectiva classificação oficial; (d) misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros.¹⁶⁶

De um lado, estas normas infraconstitucionais encontram-se plenamente sintonizadas à Ordem Econômica constitucional vigente, eis que materializam a proteção dos objetivos e finalidades perseguidas por ela, de outro, trazem profundos desafios à operacionalização cotidiana dos seus preceitos, uma vez que impõe a toda a Sociedade, Estado e Mercado, condutas assecuratórias destes direitos e garantias, as quais não podem igualmente violar o sistema capitalista vigente.

Veja-se o exemplo do setor financeiro e bancário, no qual a intervenção do Poder Judiciário, exercendo papel de gestor de políticas públicas governamentais, teve atuação impactante nos exemplos que se relacionam abaixo:

(1) Entre fevereiro e abril de 2000, duas liminares concedidas por Juízes Federais interromperam o processo de privatização do antigo Banespa. Suspensas pelos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais de São Paulo e de Brasília, os respectivos Órgãos Especiais das citadas Cortes restabeleceram a eficácia de ambas. Suspensas mais uma vez pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, por deliberação da maioria da Casa fora confirmada a decisão monocrática cujo fundamento de decidir foi a concordância com a idéia de que a política de privatizações constituía instrumento estratégico para abatimento e diminuição da dívida pública brasileira. Com o trânsito em julgado da decisão, uma série de liminares que interrompiam o processo de privatização da instituição financeira foram cassadas.

(2) Em 2003, o Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção judiciária do Distrito Federal deferiu liminar em uma ação civil pública iniciada pelo Ministério Público Federal assegurando a aplicação da variação do IPCA, em

¹⁶⁶ Arts. 4º e 7º, da Lei nº 8.137/1990.

substituição ao IGPDI, para o reajuste máximo das tarifas dos serviços públicos de telefonia fixa. Por 12 votos a 3, a Corte Especial do STJ suspendeu a liminar, decidindo que o reajuste das tarifas de telefonia fixa de junho de 2003 teria como indexador o IGP-DI. A maioria acompanhou o entendimento do Ministro-Presidente, cujo voto apontou risco de insegurança jurídica na manutenção do IPCA, afastando os investidores e aumentando o risco-Brasil.

(3) Promulgada a Emenda Constitucional nº 41/2003 (Reforma da Previdência), não demorou o processo de revisão judicial da política previdenciária por meio da concessão de liminares em todo o país suspendendo a contribuição de inativos. Ao assumir a presidência do STF, o Ministro Nelson Jobim, durante as férias forenses de julho de 2004, cassou nada menos que 30 destas liminares que suspendiam a cobrança nos estados. O “efeito multiplicador” das decisões dos Tribunais de Justiça e a ameaça de lesão à ordem administrativa e às finanças públicas fundamentaram a decisão do Ministro-Presidente.¹⁶⁷

Correto está Taylor quando sustenta que o impacto da interferência dos juízes e das Cortes judiciais no processo de *policy-making*, no Brasil, tem feito com que haja certo constrangimento no âmbito do conjunto das escolhas políticas e econômicas possíveis de serem adotadas, além de influenciar diretamente alguns processos de implementação das políticas públicas, alterando de certa forma os cursos das reformas empreendidas no contexto econômico do Brasil nos últimos anos.¹⁶⁸

Neste sentido, há pesquisas dando conta de que, no julgamento de diversas ações diretas de inconstitucionalidade, pode-se perceber forte alinhamento das decisões do Supremo Tribunal Federal às políticas de ajuste

¹⁶⁷ Ver a excelente crítica sobre a judicialização da política que faz VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹⁶⁸ TAYLOR, Mathew. M. *Citizens against the State: The Riddle of High Impact, Low functionality Courts in Brazil*. Brazilian Journal of Political Economy, v. 25, n. 4. 2005, p. 418-438.

fiscal impostas aos estados e à União por organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, alguns sustentando inclusive que o STF estaria interagindo cooperativamente com os demais poderes do Estado no processo de reformas da economia e das estruturas estatais.¹⁶⁹

Por outro lado, há também várias decisões da Suprema Corte no sentido inverso, promovendo direitos sociais fundamentais, dentre os quais posso destacar o caso da Reclamação nº5381, em que a Ministra Ellen Gracie deferiu liminar para que se suspendesse a decisão da Justiça do Trabalho que havia determinado a rescisão gradual de mais de 7 mil contratos temporários firmados pelo Governo do Amazonas na área de saúde, tendo o Pleno, no dia 17 de março de 2008, anulado tal decisão (e confirmando, pois, a liminar concedida, envolvendo decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3395).

Em outra decisão polêmica, o Superior Tribunal de Justiça resolveu imprimir interpretação autônoma ao § 5º, do art. 28, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90), em relação ao seu *caput*, fazendo com que os administradores, sócios e/ou acionistas respondam pelas obrigações da pessoa jurídica, independentemente da caracterização das situações elencadas pelo art. 28, *caput*, quais sejam: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, existência de ato ilícito, violação de estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade, sempre em virtude de má administração. Em suma, aplicou-se a idéia contida na denominada *teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica*, conforme ementa abaixo:

¹⁶⁹ Conforme os trabalhos de ALMEIDA, Maria Herminia Tavares de. *Negociando a reforma: a privatização das empresas públicas no Brasil*. In Revista Dados, v.42, n.3, 1999, p.421-451; COLOMBO, Carlos Alberto. *Os Julgamentos do Supremo Tribunal Federal: Violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política*. In Revista Ajuris. Porto Alegre: AJURIS, 2002, pp. 30-63.

RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 – SP (2000/0097184-7)

RELATOR: MINISTRO ARI PARGENDLER

R.P./ACÓRDÃO: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: B SETE PARTICIPAÇÕES S/A E OUTROS

ADVOGADOS: ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

MIGUEL TOSTES DE ALENCAR E OUTROS

RECORRENTE: MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS

ADVOGADO: ALFREDO RIZKALLAH JUNIOR E OUTRO

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMENTA

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes e origem comum.

– A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

– A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

– Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.
- Recursos especiais não conhecidos.¹⁷⁰

Pode decorrer daqui que qualquer obstáculo para indenização de prejuízos causados aos consumidores, como a insuficiência patrimonial da sociedade, possa ensejar a declaração da desconsideração de sua personalidade jurídica, ampliando os riscos empresariais e, no extremo, conduzindo a desestímulo ao investimento privado.

Por tais razões é que o Ministro Ari Pargendler destacou o tópico de que o artigo 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, prevê a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver *"abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social"*. Por outro lado, a desconsideração também será efetivada quando houver *"falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração"*.

¹⁷⁰ Estribado o Ministro em lições, dentre outros, de Cândido Dinamarco, que sustentou que: *Na realidade o caput do art. 28 está cuidando da responsabilidade direta dos sócios, em matéria que conceitualmente não se integra no fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica. É regra comum de direito societário a de que os sócios respondem em nome próprio (e não por desconsideração) quando atuem com abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos societários ou quando pratiquem, na qualidade de sócios, certos atos ilícitos. Tal ilicitude é sempre de direito societário e, para ter a consequência descrita no art. 28, sequer seria necessário este;... quando a lei manda desconsiderar a personalidade jurídica como meio de remover obstáculos ao ressarcimento (CDC, art. 28, § 5º) as formas pelas quais se houverem criado tais obstáculos não podem ser os mesmos fatos dos quais haja emergido a obrigação de indenizar. Interpretação contrária significaria – tanto quanto a que se repudiou no tópico precedente – haver por derogada a regra da autonomia das pessoas jurídicas em face dos sócios (CC, art. 20) e a limitação da responsabilidade nas sociedades anônimas ou por quotas.*

Na percepção do douto Ministro, *sem a presença de uma dessas circunstâncias, o suporte fático do artigo 28, caput, não se completa, e, portanto, não incide a aludida norma jurídica – nada importando que o § 5º aparente que a desconsideração da pessoa jurídica possa ser mero efeito da necessidade de ressarcir os prejuízos causados aos consumidores.*

IV – Considerações Finais

Estou de acordo com José Eduardo Faria quando sustenta que a fórmula da Democracia Contemporânea, gerando uma diferenciação funcional entre sistemas normativos políticos (com freios e contra-pesos do poder), associada ao Constitucionalismo Contemporâneo, tem enfrentado com certo êxito a complexa relação sócio-econômica que se tem assistido no âmbito do século XVII, proporcionando relativa segurança para tais relações – notadamente em face das múltiplas previsibilidades jurídicas que se constituíram.¹⁷¹

Estes êxitos de gestão social, todavia, têm pendido mais para os ditames do mercado e da concentração da riqueza como resultado de médio e longo prazos, deixando de lado a questão do desenvolvimento social equilibrado e auto-sustentável. Nem mesmo o modelo de Estado Democrático de Direito (e suas promessas institucionais) conseguiu equalizar os conflitos de interesses próprios de um tecido social marcado por diferenças agudas como o brasileiro, isto porque na arena pública da política os atores são múltiplos e com diferentes níveis de articulação e mobilidade eficaz, ora vencendo disputas mais pró-capital, ora mais pró-social, restando evidente que esfera pública e privada, a despeito de manterem suas identidades diferenciadas, comunicam-se intensamente, mesmo que de forma autoritária e segregadora.

¹⁷¹ FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.06.

Isto tem um efeito absolutamente marcante na configuração de forças institucionais e sociais ao menos no Brasil, eis que a velocidade das metamorfoses econômicas do mercado globalizado tem arrastado governos e Estados para tomada de decisões instantâneas – em especial curativas –, fazendo com que o tempo da política e da deliberação de interesses coletivos se dinamize a ponto de impactar o próprio funcionamento tradicional das instituições de Estado, haja vista que rotinas e procedimentos formais, que demandam espaço e tempo de discussão e decisão, não convivem bem e em sintonia com o frenesi avassalador do cotidiano transnacional.

Tais circunstâncias conjunturais e fáticas de igual sorte se projetam de maneira direta na (des)ordem econômica, fazendo com que, por vezes, se instabilizem atos, fatos e negócios jurídicos entabulados, não permitindo, pois, que se opere exclusivamente com a lógica da previsibilidade, certeza e segurança prometida pelo Direito Liberal Clássico.¹⁷² Daí a necessidade de se aprimorarem os instrumentos e ferramentas de avaliação das variáveis que constituem o universo em que se dão os compromissos normativos, bem como seus sujeitos de direito. Mas como fazer isto?

Tendo a consciência, primeiro, de que a decrescente capacidade autorreguladora do mercado tem feito com que o Poder Executivo assuma atribuições que dantes eram próprias do Legislativo e Judiciário, desenvolvendo ações controladoras, reguladoras, diretivas, coordenadoras, indutoras e de

¹⁷² Vale a advertência de Faria aqui: *a concepção do direito como um sistema basicamente fechado, hierarquizado e axiomatizado de normas de conduta, típica do constitucionalismo oriundo do século XIX, foi sendo progressivamente substituída pela visão do direito como um conjunto de normas de organização sob a forma de rede, dadas as múltiplas cadeias normativas e os micro-sistemas legais, com suas interrelações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a crescente complexidade da realidade sócio-econômica. Enquanto a concepção de sistema jurídico forjada pelo Estado liberal faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem jurídico-positiva, esse emergente sistema normativo sob a forma de “rede” se destaca pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e, principalmente, pela provisoriidade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais.* Idem, p.07.

planejamento, basta ver o significativo número de secretarias, órgãos, empresas, agências de regulação, que vão gestando – com a participação da sociedade civil e do mercado – os interesses comunitários.¹⁷³ Veja-se que isto ocorre após a tendência internacional e no Brasil, na década de 1990, da desregulamentação da economia, da abertura comercial transnacional, da revogação dos monopólios públicos e da privatização de empresas públicas.¹⁷⁴

Em face disto, é preciso reconhecer que no exercício de tais funções (algumas até abusivas, haja vista o excesso, por exemplo, das Medidas Provisórias), não há, necessariamente, anomalias ou patologias institucionais, mas configurações diferidas de administração dos interesses públicos, as quais devem contar com níveis de transparência os mais altos possíveis, permitindo o compartilhamento do controle e da correção de desvios eventualmente existentes, isto porque, insisto novamente, o *timing* da Gestão Pública hoje não pode significar violação de direitos e garantias individuais e sociais. Por esta razão é que discordo de José Eduardo Faria quando sustenta que as iniciativas deste novo Poder Executivo tem gerado, em nome de suas atribuições constitucionais, uma *corrosiva inflação jurídica*, com a edição de muitas leis, regulamentos, códigos, etc., tornando impossível seu acatamento por parte da Sociedade e do Mercado.¹⁷⁵

¹⁷³ Faria lembra que: *Como vetor tanto do progresso material quanto da justiça social, o Executivo se converteu em instrumento de consecução de objetivos concretos; seu sistema jurídico é, então, concebido como técnica de gestão e regulação da sociedade; e, sob a forma clássica das regras gerais, abstratas e impessoais, a legislação passa a favorecer ou proteger determinados interesses privados erigidos em interesses públicos.* Idem, p.07.

¹⁷⁴ Ver o texto de FÁRIA, José Eduardo. (organizador). *Regulação, Direito e Democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p.09. Lembra o autor que no final da década de 1990, o Estado Administrador deixa de ser o controlador, diretor, planejador e indutor do desenvolvimento e passa a atuar como regulador das atividades privatizadas, como balizador da concorrência, como estimulador da oferta de serviços essenciais num ambiente competitivo, como garantidor dos direitos do consumidor e como criador de oportunidades de negócios para a iniciativa privada de investimento para o desenvolvimento tecnológico.

¹⁷⁵ FÁRIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica*. Op.cit., p.09.

Em outras palavras, não se pode fazer uma leitura meramente negativa do plexo normativo existente no país pelo simples fato de que, se não fosse assim, e se deixasse ao livre embate das forças vivas sociais a definição das regras do jogo democrático, por certo que os atores mais articulados politicamente e organizados institucionalmente levariam vantagens sobre a grande massa de cidadãos que se encontram deficitários neste sentido. Portanto, tem sim função social destacada a sistematização jurídica de direitos e garantias (constitucional e infraconstitucionalmente), ao menos para delimitar objetivamente as condições e possibilidades da convivência e ação sociais.

Por certo que o protagonismo ativista do Poder Executivo brasileiro tem levado a aprendizados importantes tanto do Legislativo como do Judiciário, envolvendo principalmente a urgente preparação dos seus quadros para o enfrentamento de matérias e desafios tão complexos como estes de que estou falando, sob pena de não constituir argumentos de interlocução e controle eficazes para lidar com as demandas que se apresentam e com as respostas que estão sendo dadas pela Administração Pública e pelo Mercado em geral.

Algumas atitudes profiláticas têm se desenvolvido no país à racionalização do sistema de justiça, a começar por seu principal cliente que é o próprio Estado (Poder Executivo), responsável que é por significativo percentual – se não majoritário – da litigiosidade judicial, notadamente em sede de executivos fiscais. Estou falando, por exemplo: (a) da iniciativa de alguns Estados em aceitar administrativamente precatórios judiciais vencidos para quitar débitos inscritos em dívida ativa, operando verdadeira compensação e a cobrança de eventual saldo pendente; (b) a iniciativa que tem tomado a Advocacia Geral da União – o que poderia ser seguido pelas demais advocacias estaduais e municipais – no sentido de listar em instruções normativas situações nas quais a União está dispensada de recorrer, envolvendo matérias já pacificadas pela jurisprudência das cortes superiores.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Veja-se o exemplo da Instrução Normativa nº11, de 19/07/2004, da AGU.

A partir daqui, quero verificar como a relação Economia e Direito se consubstanciam na prática dos tribunais, avaliando em especial alguns institutos e interesses recorrentes de importância destacada, a partir de estudos de casos.

SEGUNDA PARTE

ESTUDOS DE CASOS CONCRETOS DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

CAPÍTULO QUARTO

A FUNÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL DA PROPRIEDADE

I – Notas Introdutórias

Pretendo neste capítulo abordar o tema da função econômico-social da propriedade no Brasil a partir da Constituição de 1988, da doutrina e casuística que têm se ocupado do debate. Muito especialmente quero destacar em que medida o novo perfil da propriedade no país pode se projetar para o âmbito judicial e para as decisões envolvendo interesses consecutórios.

Para tanto, vou rapidamente verificar qual o estado da arte reflexivo desta matéria e, em seguida, demarcar seus contornos jurisdicionais.

II – Qual a função da Propriedade?

A propriedade enquanto instituto social e político, antes de jurídico, tem sido tratada de diversas formas pela cultura ocidental. Estudos clássicos, como o de Coulanges¹⁷⁷, dão conta de que há três coisas que desde a mais remota antiguidade se encontram fundadas e solidamente estabelecidas: a religião, a família e a propriedade.

Nos estudos de Engels¹⁷⁸, percebe-se que, em razão de aspectos econômicos e também físicos-naturais, vinculou-se estreitamente a propriedade com a existência de agrupamentos humanos e familiares, relevando-se aqui a causa de produção da subsistência e suas conexões espontaneístas com o cotidiano dos indivíduos, sem existir uma nítida e presente intenção dirigida à sociabilidade. Tal situação autoriza a crença de que a primeira idéia de

¹⁷⁷ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Coimbra: Porto, 1987.

¹⁷⁸ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

propriedade surgida em nossa cultura seja a comunal, distinta, pois, da propriedade privada.¹⁷⁹

Entre a maior parte dos agrupamentos primitivos estudados por Coulanges e por Engels, os deuses domésticos ou lares tinham o seu altar assente no solo onde deveriam ficar para adoração pela família, solo este que estabelecia vínculo indissolúvel com esta, e a ambos, a família e o solo, os deuses protegiam como propriedades suas. Assim, cada família, tendo seus deuses e seu culto, devia ter, por estreita correlação, a sua terra particular, a sua propriedade. A divindade doméstica era quem assegurava o seu direito inalienável e imprescritível a essa mesma propriedade e o limite inviolável do domínio, cuja perpetuidade persistia hereditariamente, enquanto persistisse a religião doméstica.

Essa bibliografia citada deixa claro que se dá um salto muito rápido da noção religiosa à associada às relações de produção, mercado e do próprio sistema capitalista vindouro, tendo-se a civilização como estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante e a produção mercantil, atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior. Nesse modo de produzir, *foi-se introduzindo lentamente a divisão do trabalho, o que minou a produção e a apropriação em comum, erigiu em regra dominante a apropriação individual, criando, assim, a troca entre indivíduos.*¹⁸⁰

Foi em Roma que a concepção de uma propriedade rigidamente individual se firmou de maneira mais dogmática e positivada. Na Roma Antiga,

¹⁷⁹ GRASSERIE, Raoul de. *Principios sociológicos del derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1908, p.251.

¹⁸⁰ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Op.cit., p. 141. Lembra o autor que também são características da civilização, por um lado, a fixação da oposição entre a cidade e o campo como base de toda a divisão do trabalho social e, por outro, a introdução dos testamentos, por meio dos quais o proprietário pode dispor de seus bens ainda depois de morto. *Essa instituição, que era um golpe direto na velha constituição gentílica, não foi conhecida em Atenas, mesmo no tempo de Solon; foi introduzida bastante cedo em Roma, mas ignoramos em que época.*

o regime de bens era dominado por dois fatores preponderantes: a concepção do Direito e a organização das famílias. Esta, fundada no culto ao lar e aos mortos, formava uma organização autocrata. Em razão disso exigia sistema de bens assecuratório de sua auto-suficiência.¹⁸¹

O direito absoluto de propriedade romana vai, com o decorrer dos tempos, sofrendo limitações legais inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática. Assim, ao proprietário é admitido usar e fruir da propriedade, inclusive abusar dela, desde que isso não ofereça danos à propriedade ou aos direitos de outrem, respeitando-se desta forma os direitos de vizinhança.¹⁸²

Já na Idade Média, elaborou-se um conceito todo próprio de propriedade, indo de encontro ao exclusivismo dos romanistas e introduzindo uma superposição de titulações de domínios, de densidades diferentes, que se mantinham paralelas umas às outras. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade de terras criaram uma identificação entre o tema da soberania e o da propriedade, pois se distinguem o domínio direto da propriedade, que é do senhor feudal, e o domínio útil do vassalo.¹⁸³

Em verdade, pode-se, a partir destes dados, entender como o uso e gozo efetivos da propriedade na história do Ocidente não passou de uma inconfundível dominação sobre a coisa, imposta pela realidade político-social. Como consequência direta disto, deu-se o predomínio das relações reais sobre

¹⁸¹ Na obra de MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Max Limonad, 1990, p.241, é possível ter-se a seguinte assertiva: *É certo que o primitivo Direito Romano possuía um direito de propriedade de sentido absoluto e exclusivo, personalista e individualista*.

¹⁸² Lembra CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.174, que neste período romano, no próprio terreno, podia o proprietário fazer o que quisesse, desde que não molestasse o direito alheio. Entretanto, mesmo no próprio terreno, o *dominus* teria algumas limitações, sendo, por exemplo, obrigado a deixar espaços livres de cinco pés se se tratasse de prédios rústicos ou urbanos. Nesses espaços, não poderia haver construções.

¹⁸³ WALD, Arnold. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.96.

as pessoais, matéria que o ordenamento jurídico em seguida passaria a regular com vista a estabelecer certa ordem e estabilidade ao modelo de desenvolvimento da Idade Moderna.

A Idade Moderna, pois, começa a esboçar-se com a profunda expansão comercial desde o Mercantilismo, pelo início da grande produção manufatureira, pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações e, no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo. A idéia de propriedade imobiliária torna-se senso comum e instituição reconhecida em todo o Ocidente. As coroas conquistadoras, à custa das suas novas colônias, inauguraram o período que pode se identificar como fase da acumulação primitiva do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista.¹⁸⁴ A nova forma de propriedade que ganha relevo em pouco tempo é a propriedade industrial, que vem se juntar à propriedade imobiliária, todas de caráter absolutamente individual e destinadas a atender expectativas particulares e setoriais de uma parcela da sociedade, sendo idealizadoras de que esta propriedade tenha um fim em si mesma, ou seja, servir de capital para gerar mais capital.

Lembra Zolo, neste particular, que Marx acertara em seu diagnóstico no sentido de que a liberdade individual assim como a propriedade, no contexto da separação burguesa entre Sociedade Civil e Estado Político, agudizou os aspectos individualistas e atomísticos que se opõem à dimensão humanitária do ser social, impedindo a igualdade de se materializar.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Neste sentido BORON, Atilio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994. Ver também BERLE JR., Adolf A. *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.

¹⁸⁵ ZOLO, Danilo. *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*. In *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008, p.61. Refere o autor que: *Questo è un aspetto della critica marxiana della società liberale che a mio parere conserva ancora oggi una sua attualità.... non perchè la fonte della disuguaglianza social e della povertà sia la struttura esclusiva e particolaristica della proprietà privata, ma perchè ad operare in senso antiuguagliitario sono i potenti meccanismi dell'economia di mercato.*

Coube, assim, à Revolução Francesa, enquanto marco histórico e político da Modernidade, instituir novo tratamento à propriedade, tanto no aspecto político-ideológico como no jurídico, ampliando mais o seu significado, oportunizando a abolição dos privilégios, o cancelamento dos direitos perpétuos, desprezando a coisa móvel e priorizando os bens imóveis. Daí resultaram preocupações jurídicas envolvendo o instituto da propriedade, amplamente regulada pelo Código de Napoleão de 1804.¹⁸⁶

Conforme Pugliatti¹⁸⁷, o direito de propriedade, a partir do Código de Napoleão, destaca-se dos direitos políticos, até então lugar especial de alojamento do instituto, desligando-se do poder de jurisdição e afirmando-se como direito civil, direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites de regulamentação legal existentes.¹⁸⁸

Por outro lado, a doutrina jurídica francesa que enfrenta a problemática da propriedade e do direito de propriedade, principalmente com Jossierand¹⁸⁹ e Duguit¹⁹⁰, avança teoricamente no sentido de agregar à reflexão jurídica elementos políticos e sociais. O primeiro autor, por exemplo, aloca o direito de propriedade na classe dos direitos de caráter egoístico, em razão do que, se tal direito for exercido sem utilidade, caracteriza-se o abuso, por se

¹⁸⁶ Com a tomada do poder pela burguesia, na Revolução Francesa (1789), a propriedade passa a figurar dentre os direitos fundamentais, juntamente com a vida e a liberdade; prova disso é o constante no art. 17 da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que afirma ser o direito de propriedade *inviolable et sacré*, posição ratificada, claramente, pelo Código de Napoleão, onde é considerada um direito o assento territorial da independência do indivíduo. Era possível, a seu detentor, utilizar-se do bem segundo os princípios do *jus utendi* e *jus abutendi* do Direito Romano. Ver o trabalho de HAURIU, André. *Derecho Constitucional y Instituciones Politicas*. Barcelona: Ariel, 1990.

¹⁸⁷ PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè, 1994, p.96.

¹⁸⁸ Consoante disposição expressa do art.544, do Código de Napoleão. Ver o texto de FERRO, Marcelo Roberto. *A Propriedade Privada no Código de Napoleão*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 70, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

¹⁸⁹ JOSSERAND, August. *De L'Esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Ginevre, 1939.

¹⁹⁰ DUGUIT, León. *Las Transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento, 1960, e o clássico texto *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.

encontrar o direito desviado de sua destinação econômica e social, *i.e.*, ter uma utilidade, por mais particular que ela seja. Para Duguit, o direito positivo não protege nem deve proteger o direito subjetivo absoluto do proprietário, mas simplesmente garante a liberdade ao possuidor de constituir riqueza com a finalidade de cumprir com uma função social.¹⁹¹

Veja-se que a idéia de função social aqui diz com o fato de o titular do direito utilizar as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este tem capacidade de produzir, ficando sujeito às cominações legais se não o fizer, fundamentalmente para que a propriedade possa ser recolocada em seu caminho normal. A função social, aqui, insisto, visa justamente a fazer com que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim econômico a que se destina, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos.¹⁹²

No âmbito histórico brasileiro mais recente, em especial no Código Civil de 1916 (art. 485 e seguintes), esta tradição da propriedade tida como direito absoluto vem projetada na perspectiva de assegurar ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (art. 524, deste CCB) – referido por Maria Helena Diniz como direito correspondente ao *jus utendi, fruendi e abutendi* do Direito Romano¹⁹³; mais do que isto, dispõe o art. 527, do mesmo diploma legal, que o domínio presume-se ilimitado e exclusivo, até prova em contrário.

Interessante registrar o depoimento de Gustavo Tepedino sobre esse período:

¹⁹¹ É importante ter presente que Duguit vai buscar na sociologia de Durkheim e em sua teoria da solidariedade, fundada na divisão do trabalho social, um fundamento para o direito no sentimento de solidariedade, ao qual agrega, depois, na terceira edição do seu *Traité de Droit Constitutionnel* (1967), um sentimento centrado na idéia de justiça.

¹⁹² Ver o meu livro LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹⁹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.86. Na mesma direção ver o texto de GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 64, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

*Função social da propriedade é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábua axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época. Com o liberalismo do século XIX, a marca do individualismo moldaria a função social como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade do homem. A propriedade cumpriria necessariamente sua função social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana. Esta dogmática inspiraria, com efeito, a codificação da Europa do último século e, em sua esteira, o nosso Código de 1916.*¹⁹⁴

Ocorre que desde o constitucionalismo social do século XX¹⁹⁵, começa-se a verificar o progressivo reconhecimento, pelo ordenamento jurídico (constitucional e infra-constitucional), da necessidade de se constituir uma ordem social mais justa e equilibrada, para garantir a democracia e o desenvolvimento, o que atinge inexoravelmente a concepção de propriedade, sua natureza e funções. Esta concepção se propaga internacionalmente, de forma que hoje já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, de restrições e de induzimentos que compõem, ao menos preliminarmente, conteúdo mínimo à função social da propriedade.¹⁹⁶

¹⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol.306, p.73/78. Na mesma direção ver o excelente trabalho de FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

¹⁹⁵ Estou me referindo aos movimentos políticos que redundam em expressões normativas, tais como: a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Espanhola de 1931, etc., que incorporaram em seus textos o conceito de justiça social, ao menos no âmbito do direito constitucional.

¹⁹⁶ De forma arguta, Tepedino (op.cit., p.77) lembra que este processo intervencionista, ao se realizar por força da Constituição, a qual, seguramente, serve como ponto de atração para todo o sistema normativo, atinge violentamente a pretensa autonomia então vigente no âmbito da codificação privada ocidental, em especial no caso dos Códigos Cíveis, mercê da socialização do direito civil que o tornou voltado para valores sociais e não tão-somente para valores patrimoniais. Isto ocorre, na opinião do autor, em face de que, na lógica normativa-publicista nascente, é inadmissível conceber um sistema que responda a lógicas setoriais ou meramente particulares. Portanto, a perda de espaço pelo Código Civil coincide com a chamada publicização ou despatrimonialização do direito privado, invadido pela ótica publicista, própria do Estado Social de Direito.

Em outras palavras, a propriedade varia conforme as relações sociais e econômicas de cada momento. O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que a propriedade já não pode mais ser sustentada, ao gosto do período de codificação acima referido (o que inclui o Brasil), como instituto meramente jurídico e tratado como mônada no âmbito do tecido social em que opera, mas, ao contrário, revela-se insuficiente a abordagem jurídica da propriedade que a descontextualiza de sua natureza social e de suas correlações políticas, o que importa considerá-la como fato/ato jurídico proveniente muito mais de correlações de forças sociais – perspectiva fenomenológica – do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo.

Dois autores mais contemporâneos que se ocupam da abordagem da propriedade a partir da perspectiva econômica, Douglas North¹⁹⁷ e Oliver Williamson¹⁹⁸, aprofundaram a discussão, fruto do diálogo com a obra de Coase¹⁹⁹, sobre a importância das instituições – e dentro delas a propriedade – para o desenvolvimento socioeconômico do seu impacto no chamado controle dos custos de transação dos mercados.

A densificação material da propriedade como elemento econômico deu, sem sombra de dúvidas, significativa ampliação à discussão de sua importância social e jurídica, principalmente contando – no trabalho de Williamson – com métodos econométricos e estatísticos de estudos dos cenários em que a propriedade interage associada aos temas institucionais.

¹⁹⁷ NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

¹⁹⁸ WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

¹⁹⁹ COASE, Ronald Henry. *Essays on Economics and Economists*. Chicago: University Chicago Press, 1984; *The problem of social cost*. In *Journal of Law and Economics*. 3(1), 1-44. 1960.

Assim, percebe-se facilmente que os atos de transferência de propriedade afetam o seu valor econômico (seja pela via da oferta e procura de bens²⁰⁰, seja pelo sistema de garantias e coerções servientes à segurança dos negócios²⁰¹); em outras palavras, há variáveis exógenas à propriedade que a constituem como bem econômico, razão pela qual estas devem compor o espectro de fatores a serem considerados no cálculo dos referidos custos de transação.

Economistas contemporâneos como Daniel Friedmann dão conta de que a economia afigura-se como poderosa ferramenta para analisar as normas jurídicas – em especial as que envolvem interesses patrimoniais – em face de que as pessoas agem racionalmente (não com hiper-racionalidade, como queriam os neo-clássicos); sendo assim, é crível que se espere que respondam positivamente a estímulos normativos externos que induzam certos comportamentos mediante sistemas de prêmios e punições.²⁰²

Desde a chamada Economia Neoclássica, a economia insiste com o fato de que os direitos de propriedade sejam definidos da forma mais clara e precisa possíveis, justamente para oportunizar a proteção efetiva destes direitos contra a interferência de terceiros, e isto é neural na abordagem econômica da propriedade haja vista que direitos que não sejam seguros desestimulam investimentos. Daí a advertência de Coase no sentido de que os Tribunais

²⁰⁰ Os trabalhos de Demsetz, por exemplo, dão conta de que naquelas situações em que, por razões naturais, inexistem problemas atinentes ao desaparecimento das espécies, tende a predominar a histórica propriedade comum; de outro lado, nos cenários em que predomina o risco do exaurimento daquelas espécies, surge o conhecido direito de propriedade privado, como ferramenta de controle do uso dos recursos. In DEMSETZ, Harold. *From Economic Man to Economic System: Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

²⁰¹ Estou falando aqui dos custos formais de gestão da propriedade – notadamente os contratos e suas instâncias (judiciais ou não) assecuratórias –, tão bem desenvolvidos por FORNSWORTH, Allan. *Contracts*. London: Aspen Publishers, 2006.

²⁰² FRIEDMAN, Daniel. *Law's Order: what economy has to do with Law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000. Ver também o excelente texto do autor intitulado *Morals and Markets: An Evolutionary Account of the Modern World*. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

compreendam as conseqüências econômicas de suas decisões envolvendo a propriedade, não criando muitas incertezas quanto às regras do jogo do mercado, justamente para estabilizar expectativas, ampliando a previsibilidade e segurança dos resultados negociais. Decorre daqui a importância de outro instituto jurídico que é o contrato.²⁰³

Com tal linha de raciocínio é que o próprio conceito de *firma* em Coase é tomado como conjunto específico de contratos particulares, cuja coordenação reflete as limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos do mercado. Assim, considerando que o fundamento econômico do contrato é o da *promessa*, para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir a maximização das trocas, impõe-se a redução nos custos vinculados a riscos futuros de ruptura das promessas entabuladas e veiculadas pelos contratos – função que cabe ao Direito e à Justiça.

*Vistas como um conjunto de contratos, as firmas representam arranjos institucionais desenhados de modo a coordenar (governar) as transações que concretizam as promessas definidas em conjunto pelos agentes. Assim, são considerados arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas independentes, podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado (regulação).*²⁰⁴

Masten sustenta, em face disto, existirem 03 razões principais para fundamentar a importância dos contratos numa sociedade de mercado: (a) prover a alocação eficiente do risco (teoria da agência); (b) prover incentivos eficientes (teoria dos incentivos); (c) economizar em custos de transação *ex post*

²⁰³ COASE, Henry Ronald. *The problem of social cost*. Op.cit., p.07.

²⁰⁴ ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. *Economia dos Contratos*. In Direito & Economia. ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel (organiz.). São Paulo: Campus, 2005, p.104.

(economia dos custos de transação).²⁰⁵ Estas causas justificadoras dos contratos na ótica da economia neo-clássica da LE relevam a função importante dos Tribunais no monitoramento das avenças negociais, operando inclusive com a chamada Teoria dos Contratos Incompletos, baseada no pressuposto de que os agentes, por possuírem racionalidade limitada e não absoluta, deixam lacunas contratuais que serão preenchidas a *posteriori*.

Zylbersztajn lembra que nos modelos abstratos da Economia até a década de 1950, as interações econômicas – envolvendo, pois, disposição patrimonial – se davam por pessoas com capacidade cognitiva ilimitada e que tinham a sua disposição, em custos, a informação que necessitavam para o negócio. Tais cenários, concebiam que o sistema judiciário igualmente não teria custo operacional para eventuais correções, o que refugia totalmente da realidade do mundo da vida. Em face disto, a partir da década de 1960, foram se alterando as percepções desta relação, pois perceptível que, eventualmente, os agentes racionais que entabulavam relações econômicas patrimoniais poderiam deter informações e se encontrar em situações significativamente assimétricas uns em relação aos outros, gerando desequilíbrios nos pactos ajustados, o que ensejaria intervenção estatal (judiciário) à solução de controvérsias.²⁰⁶

De qualquer sorte, ainda para a economia persistem problemas para se fazer cumprir os contratos (*enforcement*), tanto em face da dificuldade de obtenção de informações relevantes e confiáveis à relação contratual, como

²⁰⁵ MASTEN, Scott E. *Case Studies in Contracting and Organization*. New York: Oxford University Press, 2001, p.39.

²⁰⁶ ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. *Economia dos Contratos*. Op.cit.,p.114. Um exemplo normativo claro disto é a premissa da hiposuficiência de uma das partes nas relações de trabalho e de consumo no Brasil. Dizem os autores que *as análises que tomaram como fundamento que as pessoas têm limites cognitivos e que o uso do Judiciário não é instantâneo e sem custos mostraram que o desenho dos contratos era um dos principais fundamentos do custo das interações humanas e, portanto, das possibilidades de desenvolvimento econômico e do desempenho das empresas. Os contratos conquistaram, então, um espaço de destaque na Economia.*

diante das dificuldades de se conseguir redigir contratos que dêem conta de todas as contingências futuras.

A ciência jurídica compreendeu bem isto, na medida em que, no caso brasileiro, por se reconhecer que os contratos são intrinsecamente incompletos, apresentando lacunas supervenientes e imprevisíveis, o sistema jurídico criou mecanismos para gestar tais situações contingenciais, a saber: (a) às relações contratuais forjadas no chamado *estado de perigo*, caracterizado pela situação em que *alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou pessoa da sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa* (art.156, do Código Civil Brasileiro); (b) às relações contratuais em que *uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta* (art.157, do Código Civil Brasileiro); (c) às relações contratuais de execução continuada ou diferida, nas quais *a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema desvantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato*. (art.478, do Código Civil Brasileiro).

Em tais situações, pode-se aplicar a chamada *Teoria de Contratos Relacionais*, oriunda das reflexões de economistas, à qual: (i) as transações econômicas (contratuais) podem se prolongar no tempo; (ii) os elementos de troca não podem ser mensurados ou especificados precisa e absolutamente quando da celebração do contrato; (iii) há interdependências das partes contratantes em face da relação contratual entabulada, transcendendo, em algumas situações, às suas exclusivas vontades, pois mantém inter-relações sociais múltiplas.²⁰⁷

Decorre daqui sobrecargas ao mercado econômico das trocas e relações contratuais, uma vez que, salvo melhor juízo, são os contratantes – em

²⁰⁷ Ver o trabalho de MACNEIL, Ian. & CAMPBELL, David. *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian MacNeil (Modern legal studies)*. New York: Paperback, 2000.

especial aqueles que detêm condições financeiras e materiais para melhor se precaverem, com informações simétricas e confiáveis, das surpresas na execução das obrigações contraídas (comércio e indústria, principalmente) – os que devem levar a efeito todas as cautelas que maximizem a segurança, certeza, previsibilidade e cumprimento das avenças.²⁰⁸

Mas não tem sido – ao menos historicamente – a postura do setor empresarial nacional, basta ver antiga pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP), nos anos de 1996 e 1997, junto a empresas paulistas para demarcar quais as impressões que estas tinham do Poder Judiciário e como viam os impactos de suas decisões no âmbito de suas atividades. Diz Castelar Pinheiro que:

Metade dos entrevistados afirmou que o mau funcionamento do judiciário prejudica seriamente o desempenho da economia, mas apenas um quarto respondeu que o mau funcionamento do judiciário afeta negativamente suas empresas. Essas respostas confirmam uma conclusão que ficou clara ao longo da pesquisa: a empresa brasileira está organizada para evitar, de toda forma, qualquer contato com o judiciário, mesmo que isso implique perder negócios, produzir de forma ineficiente, utilizar máquinas em lugar de trabalhadores, etc. O que mostra que, em certo sentido, a reação das empresas ao mau funcionamento da justiça está tão introjetada na sua cultura, fazendo com que estas tentem manter distância do judiciário “a qualquer custo”, que estas por vezes não se dão conta do custo que isso representa para suas atividades. O judiciário afeta pouco a vida das empresas, pois elas o evitam como podem, mas é exatamente por as empresas adotarem essa postura que a economia é bastante prejudicada.²⁰⁹

²⁰⁸ No caso brasileiro isto se acentua em face do reconhecimento, em relações de consumo, por exemplo, da hiposuficiência do consumidor na relação contratual.

²⁰⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* Op.cit., p.13. Grifo pessoal. Relata o autor ainda que perguntadas diretamente sobre o impacto do desempenho judicial na empresa, por ato ou omissão da justiça, sob a forma de efeitos sobre investimentos, produção e o custo financeiro da imobilização de capital durante a pendência do litígio, nos dez anos anteriores à pesquisa, as firmas responderam que a imobilização do capital financeiro (e possivelmente a perda de retorno implícita) é a forma mais recorrente pela qual o judiciário impacta suas atividades. Na mesma direção, metade dos entrevistados achou que o desempenho insuficiente do judiciário levava os bancos a aumentar os seus *spreads*, e as empresas a

Quando nesta pesquisa as empresas foram questionadas, tomando por premissa que o Judiciário é o Poder responsável por garantir o correto cumprimento da lei e dos contratos, proteger o direito de propriedade e defender o cidadão e as empresas contra eventuais arbitrariedades por parte do Estado, e que, em face disto, suas deficiências em certos Estados aumentam o risco e/ou o custo de fazer negócios, contratar mão-de-obra, trabalhar com o setor público e fazer investimentos em certos estados, se alguma vez os custos ou a falta de confiança na agilidade ou na imparcialidade do Judiciário foram o **principal fator** que levou a sua empresa a se encontrar em determinada situação, as respostas foram assim dispostas:

Diálogo Economia Globalização.pdf - Adobe Reader

Arquivo Editar Visualizar Documento Ferramentas Janela Ajuda

14 / 26 130% Localizar

Tabela 3.3: Impacto da Ineficiência do Judiciário sobre a Firma

	Sim	Não	Sem opinião	Total
Não realizar um investimento que de outra forma teria levado adiante?	21.2	65.1	13.7	100.0
Não fazer negócio com determinada pessoa ou empresa?	50.0	39.2	10.8	100.0
Não empregar trabalhadores, por achar que a Justiça do Trabalho é parcial em favor dos trabalhadores?	50.4	43.9	5.8	100.0
Decidir fazer um investimento em um estado em vez de outro por conta dos problemas com o judiciário local?	17.3	59.7	23.0	100.0
Não realizar, ou realizar poucos negócios em determinado estado?	22.3	54.0	23.7	100.0
Não terceirizar determinada atividade por receio de os fornecedores não cumprirem o contrato e a justiça não prover recurso em tempo hábil?	32.4	50.4	17.3	100.0
A não realizar, ou realizar poucos negócios com empresas estatais ou a administração pública?	48.2	34.9	16.9	100.0

Diálogo Economia Globalização... Diálogo Economia Glo... Diálogo - Microsoft ...

não terceirizar atividades diretamente relacionadas à produção, assim como a não implementar ou a diminuir o tamanho de muitos de seus projetos de investimento.

Veja-se que, no âmbito da chamada função social da propriedade, no caso brasileiro, ela já estava plasmada de forma mais clara no âmbito da Constituição de 1946, em face do condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social. Já a Emenda Constitucional nº1/69, modificou o artigo 160, da CF/46, asseverando que: *A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social.* Da mesma forma a Lei nº4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), tratou da função social da propriedade rural, a partir do que tal expressão viu-se agregada nas Constituições de 1967, em seu art.157, III, e na Constituição de 1969, em seu art.160, III.

É interessante notar que festejados doutrinadores do Direito Civil pátrio vêm incorporando, a despeito de que timidamente, esta evolução em suas obras. Veja-se o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva todavia conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – ius utendi, fruendi e abutendi. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão freqüentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.²¹⁰

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o uso da propriedade, incidindo, também, sobre o exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade²¹¹, razão pela qual a Constituição Brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção

²¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.67.

²¹¹ Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).

apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delineadoras de conteúdos mínimos à sua função, a saber: (1) a inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III; (2) a inserção da função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada²¹²; (3) o art. 182, e seguintes, da Constituição atual fixa regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art.184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária²¹³; (4) há, ainda a regulação – art.185 – sobre a pequena e a média propriedade, garantindo ao seu titular, desde que não possua outra área, ser insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. Neste sentido, tem-se a disposição do art. 5º, XXVI, como garantia de impenhorabilidade da *pequena propriedade familiar e rural* para pagamento de débitos oriundos de sua atividade produtiva, gozando de meios de financiamento específicos para o seu desenvolvimento; (5) da mesma forma, a pequena propriedade, de até 250 metros quadrados, se urbana, e de até 50 hectares, se rural, destinada à moradia familiar, e, no caso da rural, tornada produtiva pelo possuidor, é suscetível de aquisição por usucapião em prazo de cinco anos, nos termos dos arts. 183 e 191; (6) não se perca de vista o disposto nos arts.182 e 183, da Constituição, que dão as bases

²¹² Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, pode-se entender que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

²¹³ Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local – art.182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva de solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, § 4º, I, II e III; instituiu o usucapião especial urbano – art.183 – sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m²; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.

do direito de propriedade urbana, devidamente regulamentados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade.

A doutrina estrangeira assim se manifesta também:

*La función social es ni más ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella, de manera que si él ha podido llegar a ser titular del dominio, tiene la obligación de cumplir con el derecho de los demás sujetos, que consiste en no realizar acto alguno que pueda impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, de la comunidad.*²¹⁴

De outro lado, tais elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber, e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade está prévia e definitivamente vinculada, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Qualquer interpretação que seja dada à propriedade que não leve em consideração tais elementos, inexoravelmente, irá de encontro com o previsto no texto constitucional brasileiro.

Por essas razões é que os próprios civilistas brasileiros têm concordado com o fato de que se é verdade incontestável que o regime jurídico da propriedade privada se submete às normas de direito civil²¹⁵, tais normas reclamam conformidade à ordem constitucional. Como quer Arendt, *a palavra “privada” em conexão com a propriedade, mesmo em termos do pensamento*

²¹⁴ VIVANCO, Antônio Carlos. *Teoria de Derecho Agrário*. México: Porruá, 1997, p.49.

²¹⁵ Isto está posto de forma clara – inclusive sob a perspectiva da noção mais absolutista de propriedade –, no atual Código Civil Brasileiro (Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002), em seu art.1.231, dispondo que *A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário*. (Código Civil – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

*político dos antigos, perde imediatamente o seu caráter privativo e grande parte de sua oposição à esfera pública em geral.*²¹⁶

Não foi em vão que o Novo Código Civil Brasileiro se preocupou em estabelecer limites à propriedade em seus artigos 1228²¹⁷ a 1232, objetivando dar cumprimento à determinação constitucional do uso da propriedade equacionar-se ao bem-estar social.

Ao lado dessa disposição normativa do Código Civil, ainda tem-se no ordenamento jurídico brasileiro as chamadas e pouco conhecidas limitações urbanísticas da propriedade, exatamente compromissadas em dar efetividade à função social da cidade. É o que passo a abordar.

III – As limitações Urbanísticas da Propriedade no Brasil

Sob a ótica dogmático-jurídica mais tradicional, é inerente à propriedade um conteúdo positivo, circunscrito pelos chamados limites positivos que fixam o elenco de poderes e faculdades do titular do direito e o alcance do respectivo exercício, indicando até onde aquele pode ir na realização de tais poderes e faculdades. De outra banda, há um conteúdo negativo, circunscrito pelas limitações negativas que estabelecem até onde podem ocorrer ingerências e tangenciamentos de terceiros em relação ao direito alheio, quais os poderes e faculdades de que não dispõe seu titular e aonde esse não pode ir no exercício do direito. A legislação, ao estabelecer limitações, pode impor ao

²¹⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.70. Na dogmática jurídica, ver o trabalho de ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno*. Londrina: UEL, 1998, em que destaca ser a função social da propriedade o resultado da combinação dos direitos individuais e os direitos sociais.

²¹⁷ Vide o que estabelece o art.1228, ao prever em seu §1º, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Demanda ainda em seu §2º, que são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

titular do direito um “fazer” (conservar o prédio urbano), um “não-fazer” (não usar nocivamente a propriedade imobilizada em detrimento dos vizinhos), ou um “suportar” (o vizinho pode entrar no terreno limítrofe para reparar um muro divisório).²¹⁸

Os limites positivos e negativos, expressos no próprio conteúdo do direito, e as limitações ao seu exercício, estabelecidas pelas regras jurídicas, formam um estatuto de direito mínimo e atendem ao princípio de sua relatividade, não podendo ser absoluto um direito como o de propriedade, eis que seu conteúdo e exercício têm de possibilitar a coexistência com outros direitos, assegurando o respeito recíproco dos mesmos. O exercício do direito, assim, está, conseqüentemente, também limitado, devendo ser regular, pois o excesso, o abuso danoso, é caracterizado como ato ilícito. O poder ou a faculdade inscrevem-se no conteúdo do direito, mas, se o exercício é irregular e danoso, há ilicitude.

Não existe, portanto, imutabilidade em questão de poderes e de faculdades, em termos de conteúdo e de exercício de direitos. Por outro lado, as alterações no estatuto do direito de propriedade, a imposição de novas limitações, o aumentar ou diminuir de seu conteúdo não acarretam, a princípio, a obrigação de indenizar por parte do Poder Público, dada, exatamente, a natureza estatutária da situação, considerando-se que os interesses públicos se impõem a todos os cidadãos, em nome do bem-estar de todos.

Retroagindo à função social da propriedade, essa leva, especificamente, a que o titular seja obrigado a *fazer*, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum. Posto isto, a função social da propriedade corresponde a uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade, sendo que, desde a edição da Carta Política de 1988, foi dado um gigantesco passo entre as meras limitações em favor de vizinhos, como se

²¹⁸ Ver meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

verifica no Código Civil, e aquelas em benefício da comunidade em geral, em nome do bem comum, do interesse social.

Essas limitações, por sua vez, além de postas pelo plexo normativo de cada sistema jurídico, têm tido no Poder Executivo protagonismo diferido, eis que gestor do espaço urbano privilegiado, em face mesmo da dinâmica das demandas que a este título exsurgem cotidianamente. É através do poder de polícia, tendo em vista sempre o interesse comunitário, que a Administração tem participado da disciplina e da fiscalização do exercício de direitos neste particular, tanto individuais como sociais.

Pela intervenção econômico-social, de índole protetiva, visando à salvaguarda de interesses sociais, subjetivados e titularizados nos próprios membros da comunidade social, tanto a Administração Pública como o Judiciário têm participado do inter-relacionamento dos mesmos, neles interferindo e buscando manter o equilíbrio das latentes tensões existentes entre os vários grupos e classes sócio-econômicos, o que significa, na maior parte das vezes, comprometer-se com algum destes segmentos.

As ingerências referidas geralmente possuem auto-executoriedade, o que corresponde, em outras palavras, ao exercício direto, pelas pessoas públicas, de poderes, faculdades, direitos, pretensões e ações, sem necessidade de recurso ao órgão jurisdicional. Nas palavras de Pontes de Miranda: “A execução forçada na via administrativa é princípio geral de Direito Administrativo, só cedendo lugar à necessidade de a Administração recorrer à Justiça quando há regra jurídica que o imponha”.²¹⁹ É preciso saber que o princípio de auto-executoriedade funciona não somente na área típica da autotutela quando há inadimplência ou rebeldia do particular no atendimento de direitos e pretensões

²¹⁹MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.284. Desenvolvi este tema em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

das pessoas administrativas públicas, mas igualmente quanto ao exercício desses.

Paralelamente a isso, boa parte dos municípios brasileiros tem seu território ocupado em desacordo com a legislação urbanística – na verdade a formação do território nacional é marcada por tal historiografia. Por tais motivos, pode-se afirmar que não existe consciência coletiva urbanística ou ambientalista que se preocupe com as ocupações desordenadas que geram a deterioração do meio ambiente e o caos social. Assim, loteamentos clandestinos ou em áreas de proteção aos mananciais, favelas, condomínios em áreas rurais e invasões de terras, são uma constante no cenário surreal da (des)ordem urbana, o que revela ser muito grande a defasagem entre o modelo adotado pela legislação urbanística e a vida da cidade real, eis que a tônica do uso do solo e das construções nas cidades é a irregularidade.

Em razão de todos esses cenários e fatores, vem sendo tão festejada a aprovação da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto da Cidade, prometida desde a Constituição de 1988²²⁰, e que inovou ao inserir, pela primeira vez na história brasileira, um capítulo sobre reforma urbana no texto constitucional.

Vê-se já na dicção do art. 2º, dessa lei, que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao

²²⁰ O processo de aprovação do Estatuto da Cidade foi longo e difícil, com vários anos de tramitação legislativa. E termos de memória histórica deveu-se ao senador Pompeu de Sousa (PMDB – DF), a elaboração e a proposta do texto matricial, em 29 de junho de 1989, do Projeto de lei 181, aprovado no ano seguinte e enviado à Câmara dos Deputados, onde foi amplamente discutido por quatro comissões: de Economia, Indústria e Comércio; de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias; de Desenvolvimento Urbano e Interior e de Constituição e Justiça e de Redação. Decorridos onze anos, retornou ao exame da Comissão de Assuntos Sociais do Senado, que acatou parecer favorável do relator Mauro Miranda (PMDB-GO) ao substitutivo da Câmara.

saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Assim, pela dimensão de suas disposições norteadoras, o Estatuto da Cidade adquiriu o *status* de ser o novo marco institucional na trajetória da tão apregoada reforma urbana, isto porque se preocupa com o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, garantindo o direito às cidades sustentáveis. Em vários artigos e parágrafos, esse direito é especificado, propondo-se a ordenar e a controlar o uso do solo de forma a evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental.

Mesmo sendo da maior importância a nova legislação urbanística aprovada, isto não acarreta ou garante, por si, os resultados e objetivos previstos, pelo fato de que ela se apresenta, fundamentalmente, como um conjunto de mecanismos jurídicos a serem operacionalizados em nível municipal e, portanto, necessário serem adaptados às realidades de cada cidade. O Estatuto fornece os parâmetros aos executivos e legislativos municipais para a elaboração de suas leis e planos urbanísticos, todavia, nem sempre os municípios, em especial os de menor porte, contam com pessoal técnico ou têm condições financeiras de elaborar estas normas, o que vai gerando agudas violações à ordem social e urbana, uma vez que, agora, estão sendo desrespeitados dispositivos cogentes e vinculantes, o que chama o Judiciário à solução dos problemas daí decorrentes.

Enquanto normativa geral, observado o critério da competência constitucional insculpida no art.21, XX, do Texto vigente, inconfundível é a matriz generalíssima dos comandos prescritos no Estatuto da Cidade, conformando diretrizes para o desenvolvimento urbano, aqui compreendidos os temas sempre polêmicos da moradia, do saneamento básico e dos transportes públicos. Significa reconhecer que compete fundamentalmente às entidades federativas mais locais a regulamentação pontual destes, eis que comportam notável interesse local.

Como comando federativo que se apresenta o Estatuto, mister é que a ele se vinculem todos os demais poderes estatais nacionais, fundamentalmente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de cada Estado membro e Município, em especial no tocante à produção de leis locais visando a dar concretude à organização da ocupação do solo urbano com base tanto em suas demandas agregadas e reprimidas como nas normas que ainda estão vigendo em seus territórios²²¹.

Assim é que o Poder Legislativo de cada entidade federativa brasileira, quando estiver legisferando no sentido de normatizar questões atinentes à ocupação do solo urbano, deverá fazê-lo sempre com um juízo de admissibilidade prévio vinculado ao Estatuto da Cidade, aferindo se os dispositivos que está criando não estão violando as diretrizes gerais cogentes. Do mesmo modo, quando o Poder Executivo estiver gestando aquela ocupação, também deverá fazê-lo observando as disposições que orientam tal atividade, sob pena de cometer vícios de legalidade, passíveis de serem corrigidos pela via administrativa ou judiciária (tanto por ações constitucionais – ação civil pública ou ação popular –, como pela via infraconstitucional).²²²

O mesmo se aplica ao Judiciário, haja vista sua função de fiscal do cumprimento da lei e os poderes aumentados que lhe foram outorgados pela Carta Constitucional vigente (maximizando as potencialidades principiológicas do texto). Em tal perspectiva, a jurisdição brasileira precisa estar atenta para o cumprimento das diretrizes gerais de política urbana demarcadas pelo Estatuto, eis que elas operam analogicamente dentro do sistema jurídico como os princípios funcionam, ou seja, elas estão postas no ponto mais alto da escala

²²¹ É mister que se lembre estarem as normas locais dependentes de uma releitura a partir do Estatuto da Cidade, para o fim de avaliar se há alguma disposição que vá de encontro às diretrizes gerais postas, o que configuraria situação de antinomia jurídica, passível de ser solucionada pelo critério da hierarquia da norma superior estabelecida. Neste ponto ver o texto LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. Op. cit., p.176.

²²² Por óbvio que o mesmo vale para o controle dos atos do Poder Legislativo.

normativa reguladora da ordenação do espaço urbano, figurando como as normas supremas dessa matéria. Como tais, elas se afiguram como fonte primária de regulação específica, ao mesmo tempo que destacam a ordem dos valores, objetivos e finalidades socialmente professados neste âmbito.²²³

Quero destacar, na verdade, a idéia de que as diretrizes que expõe o Estatuto da Cidade expressam verdadeiras opções políticas fundamentais do legislador e da comunidade nacional no campo da gestão do espaço urbano brasileiro, configurando, assim, uma eleição de valores éticos e sociais como fundantes, por sua vez, de uma idéia de Estado e de Sociedade (Democráticos de Direito). Por tais motivos, essas diretrizes não expressam somente uma natureza jurídica normativa, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico.

Na dicção de Carmem Rocha, os princípios constitucionais – tais como as diretrizes do Estatuto da Cidade – são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado e de uma Sociedade, isto porque evidenciam decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional, compondo as diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido por esta comunidade. Diante disso, é o princípio sediado na norma constitucional que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado nas relações sociais contemporâneas. *A norma que dita um princípio constitucional põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam.*²²⁴

Ora, salvo melhor juízo, tais diretrizes gerais impõem à propriedade urbana no país um uso restrito – porque não absoluto –, haja vista que deverão

²²³ Neste sentido, ver o trabalho de BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.264. Pontua bem o autor que, pela função fundamentadora da ordem jurídica, os princípios ostentam uma eficácia derogatória daquilo que lhes são contra e diretiva para todo o sistema jurídico, enquanto que, através da função interpretativa, os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete.

²²⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.62.

ser observados os parâmetros de ocupação do espaço urbano dados tanto pelo Estatuto da Cidade como pela legislação federal, estadual e municipal consectárias quanto: (a) as questões ambientais; (b) as questões edilícias; (c) as questões postas pelo plano diretor ou zoneamento espacial; (d) as questões atinentes ao parcelamento do solo; etc. E tudo isso causa (ou pode causar) efeitos econômicos de valorização e utilização da propriedade, a ponto até de provocar danos diretos ou indiretos aos proprietários, passíveis ou não de serem ressarcidos.

Veja-se alguns casos judiciais meramente exemplificativos que tocam esta matéria.

II.1. O Caso do Hospital Regional Rede Sarah

O Ministério Público do Rio Grande do Sul ingressou com uma Ação Civil Pública contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Consórcio Intermunicipal de Saúde Região Centro do Estado do Rio Grande do Sul, em que visava, com pedido de tutela antecipada, à imediata suspensão do início de qualquer obra de terraplenagem ou construção de unidade de saúde (Hospital Regional – Rede Sarah) no local definido ou nas proximidades do Distrito Industrial de Santa Maria, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A Sra. Juíza de Direito indeferiu a antecipação de tutela, sob os seguintes fundamentos: **(a)** que havia possibilidade de instalação do Hospital na região definida pelo Estado, diante da alteração do Plano Diretor, que desmembrou a área destinada à construção do Distrito Industrial de Santa Maria; **(b)** que inexistia prejuízo pela instalação da unidade de saúde na área, visto que “... *as indústrias localizadas no Distrito Industrial não têm alto poder poluidor, até porque funciona no local uma indústria de alimentos*”, e o fez com base em ofício apresentado pela FEPAM; **(c)** que na ‘Certidão de Aprovação’ expedida pelo órgão ambiental, consta expressamente que a aprovação do

projeto deu-se ‘com restrições’, “... o que evidencia que serão adotadas todas as medidas mencionadas no relatório da FEPAM”; **(d)** que as indústrias potencialmente poluentes (usina de asfalto e fábrica de baterias) são de pequeno porte, e sua atuação não comprometeria o funcionamento do Hospital, haja vista que essas empresas encontram-se próximas a uma fábrica de massas e biscoitos, “... sem que haja qualquer reclamação sobre poluição ou sua interferência na qualidade dos gêneros alimentícios produzidos”; **(e)** que há uma aparente regularidade do projeto, inclusive porque aprovado pelos órgãos ambientais responsáveis; e **(f)** que não havia notícia de que a construção esteja na iminência de iniciar-se, “... pois tudo o que restou demonstrado é que foi aprovado o Projeto Arquitetônico do hospital, para o qual o Estado disponibilizou recursos financeiros em seu orçamento, não havendo justificativa para o alegado risco na demora”.

Diante da decisão judicial de primeiro grau, o Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, insistindo com a tese da irregularidade da instalação do hospital no local, em virtude do risco existente de desperdício de recursos públicos, diante da proximidade com empresas que desenvolvem atividades potencialmente poluentes, tratando-se de área recentemente desmembrada do Distrito Industrial de Santa Maria. Argumentou que o laudo elaborado pela fundação pública especializada nessas questões confirmou a inadequação do local, na forma em que se encontrava, para a instalação de unidade de saúde no local, o que foi ratificado pelos técnicos da Secretaria Municipal de Gestão Ambiental, e pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil, consoante ampla documentação acostada no feito. Apontou, ainda, malferimento às regras inscritas na Constituição Federal (artigo 170, inciso VI), e no Estatuto das Cidades (especialmente artigos 2º, incisos I, IV, VI, e XIII; e 36 a 38). Por derradeiro, disse que a área escolhida para a instalação do hospital “... é uma das zonas mais problemáticas do Município, em termos ambientais. Por isso, não podem os

réus, à revelia do interesse social, decidir pela implantação de um equipamento de saúde que, sabe-se, consumirá mais de R\$ 40 milhões, em local que as manifestações técnicas indicam ser inadequado” (fl. 21). Pediu a concessão da liminar para suspensão do início das obras e, no mérito, o provimento do recurso.

No Tribunal, o efeito suspensivo foi deferido, oportunizando-se a manifestação dos agravados.

O Consórcio Intermunicipal de Saúde veio aos autos apresentar contra-razões, suscitando, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido do Ministério Público, haja vista a ausência de prova de que as obras de construção do hospital já tinham iniciado ou estivessem na iminência de começar. Apontou a ausência dos elementos autorizadores da concessão da tutela antecipada, em face da regularidade da obra, inexistindo qualquer óbice à instalação do hospital em área contígua ao Distrito Industrial. Argumentou quanto à efetiva obtenção de todas as licenças e autorizações para a construção da casa de saúde, inexistindo qualquer oposição da FEPAM para que as obras fossem iniciadas. Postulou, ao final, o desacolhimento do recurso.

O Estado do Rio Grande do Sul de igual forma ofereceu contra-razões, defendendo a regularidade do local escolhido para a instalação do hospital, perquirindo a manutenção da decisão hostilizada.

O Sr. Procurador de Justiça lançou parecer pelo parcial provimento do recurso, mostrando-se irregular a instalação do Hospital Regional nos limites do Distrito Industrial de Santa Maria, todavia, entendeu desnecessária a fixação de multa diária para o caso de descumprimento da ordem judicial neste momento processual.

Diante da complexidade da matéria, entendi que algumas considerações precisariam ser esposadas com caráter introdutório de minhas razões na delimitação da perspectiva de solução ao caso.

Cumprе consignar que tanto a propriedade como a cidade, historicamente, variaram conforme as relações sociais e econômicas de cada momento; assim, o grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade e pelo espaço público da cidade derivam do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que tais institutos não têm natureza meramente jurídica, e tampouco podem ser tratados como mônadas no âmbito do tecido social em que se encontram, mas, ao contrário, afiguram-se como verdadeiros fatos/atos jurídicos e sociais, provenientes muito mais de correlações de forças múltiplas – perspectiva fenomenológica – do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo²²⁵.

Em termos de Brasil, festejados doutrinadores do Direito Civil pátrio vêm incorporando, a despeito de que timidamente, essa evolução em suas obras. Vejamos o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

*A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva todavia conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – ius utendi, fruendi e abutendi. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão freqüentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.*²²⁶

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o uso da propriedade, incidindo, também, sobre o

²²⁵ Tratei deste assunto no livro LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Op.cit.

²²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.67.

exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade²²⁷.

A Constituição brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delineadoras de um conteúdo mínimo à sua função. Desta sorte, temos, por exemplo:

(1) A inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III.

(2) A inserção da função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantia fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada.²²⁸

(3) O art. 182 e seguintes da Constituição atual fixam regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art. 184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária²²⁹.

Num plano mais geral e tradicional, posso aqui afirmar que um conteúdo inerente à propriedade urbana é o circunscrito pelos chamados limites positivos que fixam o elenco de poderes e faculdades do titular do direito e o alcance do respectivo exercício, bem como até onde aquele pode ir na realização

²²⁷ Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).

²²⁸ Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, entendemos que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

²²⁹ Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local – art.182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva de solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, § 4º, I, II e III; instituiu o usucapião especial urbano -art. 183 – sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m2; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.

de tais poderes e faculdades. De outra banda, há um conteúdo negativo, circunscrito pelos limites que estabelecem até onde podem ocorrer ingerências e tangenciamentos de terceiros em relação ao direito alheio, quais os poderes e faculdades de que não dispõe seu titular e aonde esse não pode ir no exercício do direito²³⁰.

Por essas razões, a legislação, ao estabelecer tais limites, tem imposto ao titular do direito um “fazer” (conservar o prédio urbano); um “não-fazer” (não usar nocivamente a propriedade imobilizada em detrimento dos vizinhos); ou um “suportar” (o vizinho pode entrar no terreno limítrofe para reparar o muro divisório)²³¹.

Assim é que os limites positivos e negativos do próprio conteúdo do direito de propriedade, e as limitações ao seu exercício, estabelecidas pelo ordenamento jurídico, formam o seu estatuto²³², não podendo ser de todo absoluto, eis que tal conteúdo e exercício têm de possibilitar sua coexistência com outros direitos. O poder ou a faculdade do exercício se inscreve, pois, no conteúdo do direito e, se ele é irregular ou danoso, há ilicitude, o que o sistema

²³⁰ Ver o trabalho de ARONE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²³¹ Por óbvio que estamos falando aqui de uma perspectiva dogmática da matéria trazida pela história de grande parte da abordagem civilista do tema no Brasil e outros países com semelhante formação jurídica. Neste sentido, ver os trabalhos de AZEVEDO, Filadelfo. *Destinação do imóvel*. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 1957, pp. 143-157; BRANCA, Giuseppe. *Della Proprietà* (arts. 957-1099). Bolonha: Zanichelli, 1957, pp. 448-503; CARVALHO SANTOS, J. M. *Verbete Encravamento*, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsói, s/d, vol. XX, pp. 197-205; DANTAS, Santiago. *O Conflito de Vizinhança e sua Composição*. Rio de Janeiro: Globo, 1939, 352 pp.; GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Limonad, 1956, XII, I, pp. 22-49. Para boa parte destes autores o mau uso da propriedade vinha definido pelo costume do lugar ou pela extensão do prejuízo causado. Em outras palavras: *Se o incômodo excede ao que é razoavelmente tolerável, segundo as circunstâncias, haverá mau uso da propriedade*. BENVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p.74.

²³² Utilizando aqui as palavras de HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1987, p.139.

jurídico não pode aceitar²³³. Aliás, é o próprio sistema normativo brasileiro que indica alguns parâmetros de irregularidade ou danosidade para o direito de propriedade urbana e seu exercício, ao menos em termos potenciais, a saber, os formados pelos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais²³⁴ atinentes à matéria.

Na verdade, tenho que não existe imutabilidade em questão de poderes, de faculdades, em termos de conteúdo e de exercício de direitos – tampouco aos atinentes à propriedade urbana no Brasil, como veremos. Em decorrência disto, as alterações no estatuto do direito de propriedade, a imposição de novas limitações, o aumentar ou diminuir de seu conteúdo não acarretam, em princípio, ilicitude por si só²³⁵.

Todas essas questões atingem diretamente o tema da ordenação do território urbano, principalmente quando se leva em conta que o espaço urbano é antes de tudo propriedade urbana, seja pública ou privada, o que explica a relação umbilical entre esses temas, destacando-se aqui e novamente a ampliação das condições e possibilidades de gestão (vinculada) desta propriedade por parte do Poder Público e o dever de tolerância e suportabilidade por parte da propriedade privada, em nome exatamente da segurança, do bem estar da população e da sustentabilidade do desenvolvimento equilibrado do meio ambiente natural e construído²³⁶.

De outro lado, aqueles elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º,

²³³ Neste sentido a advertência de GANDOLFO, Orlando Carlos. *Limitações da propriedade*. In Revista dos Tribunais, vol.421. São Paulo: RT, 1970, pg.39/46.

²³⁴ Os do Estatuto da Cidade, por exemplo.

²³⁵ Retroagindo à função social da propriedade, essa leva, especificamente, a que o titular seja obrigado a “fazer”, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum. A função social da propriedade corresponde, desta forma, a uma concepção também comissiva do uso da propriedade. Neste sentido, ver o trabalho de DI LORENZO, Italo. *Diritto Urbanistico*. Turim: UTET, 1998, pg.48.

²³⁶ Neste sentido o trabalho de LEFÈBVRE, Henry. *The production of space*. London: Blackwell, 1992, pg.34 e seguintes. Ademais, os ditames do art.2º, do Estado da Cidade.

o que significa dizer que a função social da propriedade e da cidade estão prévia e definitivamente conectadas, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

No que tange ao Estatuto da Cidade, nunca é suficiente lembrar, mister é que a ele se vinculem todos os demais poderes estatais nacionais, fundamentalmente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de cada Estado membro e Município, assim como toda a Sociedade Civil, em especial no tocante às ações públicas e privadas, bem como em relação à produção de leis locais visando a dar concretude à organização da ocupação do solo urbano com base tanto em suas demandas agregadas e reprimidas ²³⁷.

Assim é que o Poder Legislativo de cada entidade federativa brasileira, quando estiver legislando no sentido de normatizar questões atinentes à ocupação do solo urbano, deverá fazê-lo sempre utilizando aquele filtro prévio de legalidade e constitucionalidade conformativa que mencionamos, aferindo se os dispositivos que está criando não estão violando as diretrizes gerais cogentes. Do mesmo modo, quando o Poder Executivo estiver gestando aquela ocupação, também deverá fazê-lo observando as disposições que orientam tal atividade, sob pena de cometer vícios de legalidade, passíveis de serem corrigidos pela via administrativa ou judiciária²³⁸.

O mesmo se aplica ao Judiciário, haja vista sua função de fiscal do cumprimento da lei e os poderes aumentados que lhe foram outorgados pela Carta Constitucional vigente (maximizando as potencialidades principiológicas

²³⁷ É mister que se lembre estarem as normas locais dependentes de uma releitura a partir do Estatuto da Cidade, para o fim de avaliar se há alguma disposição que vá de encontro às diretrizes gerais postas, o que configuraria uma situação de antinomia jurídica, passível de ser solucionada pelo critério da hierarquia da norma superior estabelecida. Neste ponto ver nosso texto LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. Op. cit., p.176.

²³⁸ Por óbvio que o mesmo vale para o controle dos atos do Poder Legislativo.

do texto). Em tal perspectiva, a jurisdição brasileira precisa estar atenta para o cumprimento das diretrizes gerais de política urbana demarcadas pelo Estatuto, eis que elas operam, como antes sustentado, analogicamente dentro do sistema jurídico como os princípios funcionam, ou seja, elas estão postas no ponto mais alto da escala normativa reguladora da ordenação do espaço urbano, figurando como as normas supremas dessa matéria. Como tais, elas se afiguram como fonte primária de regulação específica, ao mesmo tempo que destacam a ordem dos valores, objetivos e finalidades socialmente professados neste âmbito.²³⁹

Ao lado dessas questões normativas, há as políticas e sociais latentes na espécie, eis que não se discute o mérito do projeto (a construção de um hospital em região tão carente de serviços de saúde), causa de comoção e mobilização comunitária, mas tão somente o *locus* de sua instalação.

A tese provocadora da jurisdição é apresentada pelo Ministério Público é a de que o local definido para a instalação do Hospital Regional (Rede Sarah) é inadequado para tanto, em face dos seguintes fatores:

(a) trata-se de área recentemente desmembrada do Distrito Industrial de Santa Maria, podendo acarretar danos à saúde dos pacientes, em face da exposição à poluição decorrente da atividade industrial;

(b) a Sociedade de Engenharia e Arquitetura de Santa Maria reconheceu a existência de “... *atividades e/ou indústrias (Usina de Asfalto do município e indústria de baterias) que podem ser enquadradas como ‘usos incompatíveis e inconvenientes’*”, devido à “proximidade de usos incompatíveis e inconvenientes” à unidade de saúde;

(c) de acordo com estudo elaborado por fundação especializada na matéria, a referida área apresenta-se vulnerável à poluição, seja em razão de

²³⁹ Neste sentido, ver o trabalho de BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.264. Pontua bem o autor que, pela função fundamentadora da ordem jurídica, os princípios ostentam uma eficácia derogatória daquilo que lhes são contra e diretiva para todo o sistema jurídico, enquanto que, através da função interpretativa, os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete.

sua geologia (predominantemente arenosa e permeável), seja porque o solo apresenta acidez e baixa fertilidade natural, possuindo “alta permeabilidade e grande índice de susceptibilidade à erosão” ;

(d) ainda de acordo com essa fundação, há sinais de poluição, decorrentes da presença de lixo nas proximidades e da contaminação dos recursos hídricos com esgotos e lixo urbano e industrial (inclusive com emissão de resíduos sem qualquer tratamento), “... *sendo perceptível um odor muito forte e focos de proliferação de insetos*” (fl. 11);

(e) a Secretaria Municipal de Gestão Ambiental também se manifestou sobre a impossibilidade de instalação do hospital no local definido pelo Estado, apontando, além dos elementos já citados: que o regime de ventos no local não favorece a construção de unidade de saúde, que o solo não se afigura o mais adequado para a realização de obras de vulto; e que o local é desaconselhado para obras destinadas à intensa ocupação humana, em virtude da poluição;

(f) o Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB-RS), de igual sorte, indicou suas preocupações relativas às conseqüências nocivas que poderiam decorrer da instalação do hospital no local escolhido, em face dos problemas já apontados;

(g) os órgãos representativos de profissionais da saúde (Sindicato Médico de Santa Maria, Unimed Santa Maria, Conselho Regional de Medicina) apontaram a ausência de rede de esgoto tratado, a presença de poluição industrial e o risco de poluição dos aquíferos com os dejetos do hospital, impondo-se a realização de estudos aprofundados para a sua instalação; e

(h) a Associação de Empresas do Distrito Industrial de Santa Maria e o IBAMA manifestaram-se contra a localização da unidade de saúde no local indicado pelo Estado, referindo questões acerca da limitação da atividade industrial e do impacto ambiental na área, decorrentes da interação entre os estabelecimentos instalados no DI e a saúde dos pacientes, impondo-se a realização de estudos aprofundados para aferição da viabilidade da obra.

Todas essas manifestações trazidas aos autos, lidas em face do princípio da participação popular no âmbito da formulação, execução e acompanhamentos de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art.2º, II, do Estatuto da Cidade), corporificam mecanismos de gestão democrática da cidade, estabelecendo verdadeira interlocução jurisdicional à solução do caso concreto.

Aqui, efetivamente, pode-se visualizar a importância do enfoque e contextualização societal do problema sob comento, verificando, primeiro, do que se trata, em termos materiais (natureza social do conflito), identificando quem são os sujeitos conflitantes, a história detalhada e matricial do conflito de interesses, bem como suas variáveis em termos econômicos, políticos, ambientais e de saúde pública, e em que medida tais variáveis atingem os sujeitos conflitantes ou mesmo podem conformar o conflito em si.

Neste sentido, o problema jurídico é sempre um problema prático-normativo²⁴⁰, porque (a) o seu caráter problemático-metodológico específico é regulativo (está alcançado pelo sistema de normas vigentes), com um fundamento axiológico e de realização concreta; e porque (b) esses problemas são de imediata aplicação, no sentido de realização de uma intencionalidade prática, propostos pelo próprio sistema, no âmbito de seus princípios e regras (constitucionais e infraconstitucionais), orientando validamente a práxis comunitária.

De outro lado, os riscos ambientais e de saúde pública que restaram explicitados nos autos, chama à colação o dever de precaução protetiva dos interesses públicos indisponíveis que estão sob confronto. Na dicção de Derani, citando Kloespfer, *“a política ambiental não se esgota na defesa contra ameaçadores perigos e na correção de danos existentes. Uma política ambiental*

²⁴⁰ NEVES, Castanheira. *Digesta*. 2º volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.110.

preventiva reclama que as bases naturais sejam protegidas e utilizadas com cuidado, parciosamente".²⁴¹

Aliás, no sistema jurídico pátrio esse princípio da precaução encontra fundamento na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº6.938, de 31/08/1981), pontualmente em seu art.4º, I e IV, que destaca a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização, de forma racional, dos recursos naturais, atentando-se sempre à avaliação do impacto ambiental.

De igual sorte, aquele princípio restou incorporado no âmbito do Texto Político vigente, em seu art.225, § 1º, V, bem como na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998, art. 54, § 3º)²⁴².

Assim é que o princípio da precaução implica uma ação antecipatória à ocorrência do dano ambiental –e, na espécie, à própria saúde pública. Neste sentido, Milaré assevera que *precaução é substantivo do verbo precaver-se (do latim prae = antes e cavere = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados,*

²⁴¹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.165. Na verdade, o princípio da precaução vem sendo explorado pela Declaração de Wingspread, de 1970, na Alemanha, da seguinte maneira: *Quando uma atividade representa ameaças de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo se algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidos cientificamente*. Conforme disposto no site www.fgaia.org.br/texts/t-precau, acessado em 08/05/2006. Derani propõe um conceito preliminar deste princípio, conectando-o aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. *Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade*.

²⁴² Disciplina o art. 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Já seu § 1º, refere que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público, dentre outras coisas, (IV) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio do impacto ambiental.

*cautela para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis.*²⁴³

Por sua vez, as ponderações que levaram a magistrada de primeiro grau a não outorgar a antecipação de tutela (acima elencadas) também se apresentam como substanciais à delimitação da fatispécie debatida.

É do cotejo desses arrazoados que, entendendo, precisam ser extraídas as motivações da presente decisão, a uma, porque evidenciados problemas de ordem ambiental e de sustentabilidade da obra pública analisada, em face de sua natureza hospitalar, não espancados de forma convincente, ao menos no âmbito ainda restrito do Agravo de Instrumento; a duas, porque a complexidade da matéria (considerando os interesses jurídicos envolvidos e suas amplitudes sociais), efetivamente está a perquirir mais zelo à cognição aprofundada para decisão final, até porque se pode, eventualmente, criar situações irreversíveis, atingindo de forma violenta os recursos públicos destinados à edificação, bem como o impacto ambiental e de saúde pública já referidos.

Por todas essas razões, decidi pela manutenção da decisão agravada que deferiu o efeito suspensivo pleiteado pelo Ministério Público, mantendo a ordem de suspensão do início das obras de terraplenagem ou de construção do Hospital Regional – Rede Sarah.

Veja-se que, a despeito dessa decisão ter sido proferida em sede de Agravo de Instrumento, passível, pois, de ser reformada em decisão de mérito definitiva no âmbito da ação civil pública que se desenvolve na comarca de origem, ela também gerou alguns comportamentos políticos alternativos na comunidade, em termos de localização matricial da obra pretendida, consoante

²⁴³ MILARÉ, Edes. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, prática, glossário*. São Paulo: RT, 2000, p.62. Vale aqui a advertência de Machado, no sentido de que a precaução age no presente para não se ter que chorar e lastimar o futuro. A precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo. In MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.57.

notícia do jornal Diário de Santa Maria, edição de 21/03/2006. Este veículo dá notícia de que:

Depois do Tribunal de Justiça do Estado ter suspenso, na semana passada, a construção do hospital regional/Sarah ao lado do Distrito Industrial, começou uma corrida frenética em busca de um novo terreno para a obra. Ontem, depois de uma reunião na Secretaria Estadual da Saúde, na Capital, ficaram definidas as candidaturas de quatro áreas: uma na Zona Leste e três na Zona Oeste. Todas em Santa Maria.

A tarefa de indicar o novo terreno será de uma comissão formada por representantes da prefeitura, do governo do Estado e da Câmara de Vereadores, entre outros. Ela vai avaliar as quatro áreas oferecidas. O trabalho será corrido, pois o resultado tem de ser apresentado em uma nova reunião com o secretário estadual da Saúde, Osmar Terra, na próxima segunda-feira, quando deve ser batido o martelo sobre o novo local (veja quadro).

O presidente do Conselho Regional de Desenvolvimento (Corede/Centro), Antônio Carlos Jordão, visitou no último sábado os quatro terrenos que estão na disputa pelo hospital regional/Sarah. Segundo ele, todos os locais têm chances, mas ainda é muito cedo para dizer qual deles será o escolhido.²⁴⁴

Isto mostra a importância da reflexão ponderada e que leve em conta todos os interesses que estão em jogo em matéria tão complexa e importante como é a da ocupação do solo urbano.

II.2. O caso Loteamento Vista Alegre

O presente caso versou sobre ação civil pública, proposta pelo Ministério Público para aferir a regularidade de assentamento populacional em Município gaúcho, nominado de Loteamento Vista Alegre. Em Inquérito Civil próprio, buscou investigar, preliminarmente, se houve a regular desafetação da área verde e institucional localizada neste Loteamento, detectando que o Sr. Prefeito Municipal enviou projeto de Lei à Câmara de Vereadores visando à desafetação da destinação de bem de uso comum do povo para fins de

²⁴⁴ Jornal Diário de Santa Maria, edição de 21/03/2006, p.03.

regularização fundiária através da concessão do direito de superfície da área em questão, o qual foi aprovado e transformado em Lei Municipal.²⁴⁵

Ocorre que o *parquet* sustentava que tal conduta é vedada pela legislação pátria, bem como que gera prejuízos à população residente no local, além de causar danos ao meio ambiente. Destacou a existência de desvio de finalidade do ato administrativo, tendo em vista que não é lícito ao administrador tratar a *res* pública como se particular fosse, concedendo o uso de área a um grupo de pessoas, sem qualquer critério, em detrimento de toda população.

Na contestação da ação, o Município veio aos autos relatar que a regularização de loteamentos é dever institucional seu, e que o disposto na Lei nº 6.766/79 (Lei Federal sobre o parcelamento do solo urbano), no seu art. 40, autoriza o Poder Público local a regularizar loteamento ou desmembramento. Destacou que a diretriz adotada na implementação da Política Habitacional prevê o reassentamento de famílias que se encontram em situações impróprias para moradia, mas, também, admite a regularização fundiária de áreas públicas de ocupação consolidada mediante lei autorizativa, no franco atendimento aos princípios constitucionais, em especial ao da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia. Ademais, registrou que a Resolução n. 369/06, do CONAMA, prevê a hipótese de regularização fundiária em áreas de preservação permanente (APP). Defendeu a possibilidade de desafetação da área ocupada (área verde), para regularização do loteamento, com a alteração da sua finalidade pública, cabendo à municipalidade definir a destinação pública da área consentânea à política de desenvolvimento urbano definida, compreendida no âmbito da discricionariedade administrativa. Salientou que a quantidade de área verde remanescente na área sob comento atende ao mínimo legal previsto

²⁴⁵ Apelação Cível nº70024865479, da 3ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator Des. Paulo Vieira de Tarso Sanseverino.

na Lei 6.766/1979. No tocante à desocupação da área, o Município ressaltou que, segundo consta no exame local, inexistia qualquer edificação no local.

Pelos registros dos autos, pode-se perceber que o Loteamento Vista Alegre já contava com cerca de 40 (quarenta) famílias assentadas, alegando o Poder Público local que a remoção, apesar de viável, seria custosa e contrária ao interesse público por solapar a dignidade das famílias que ocupam há anos a área pública com *animus* de moradia.

Lançada sentença, a demanda foi julgada procedente a fim de: a) declarar a nulidade da Lei Municipal, bem como eventuais negócios jurídicos realizados envolvendo a transferência da posse ou propriedade das áreas verdes institucionais e particulares; b) condenar o Município a promover a desocupação da área verde e institucional, tomando providências para tanto no prazo máximo de trinta dias após o trânsito em julgado da decisão, adotando procedimentos fiscalizatórios inerentes ao poder de polícia que possui; c) condenar o Município em obrigação de fazer, consistente na recomposição do ambiente natural da área verde, através da retirada de materiais de construção, lixo doméstico, entre outros, assim como através do plantio de árvores nativas e demais formas de vegetação, conforme projeto de recuperação da área degradada, a ser apresentado pelo réu em juízo, devidamente aprovado, no prazo de trinta dias, a partir da retirada dos ocupantes, devendo a implantação ser iniciada no prazo de sessenta dias da data citada e concluída no prazo de um ano; d) em caso de descumprimento de qualquer das obrigações, imputou ao Município o pagamento de multa diária de dez salários mínimos, considerando o piso nacional, a ser revertida ao Fundo Municipal de Assistência Social e, na sua falta, ao Fundo de Desenvolvimento Social do Estado do Rio Grande do Sul, na forma do art. 12, da Lei Estadual nº 10.529, de 20 de julho de 1995. Imputou a ré ao pagamento das custas processuais.

Na análise do recurso interposto pela municipalidade, ratificando suas teses anteriormente descritas, ponderei que a discussão travada nos autos tem

como pano de fundo assentamento irregular de 40 (quarenta) famílias em 32 lotes de área urbana pertencente a municipalidade. Nesta localidade, em face até da consolidação inexorável daquelas pessoas na área, fora instalada, de forma irregular (por via de gambiarras e gatos), redes de água, luz e esgoto, mantendo-se a aglomeração urbana em condições de limpeza, uma vez que inexistente acúmulo de lixo, pois a coleta do mesmo é regular, feita pelo próprio Poder Público.

Ocorre que esta realidade no Município configura verdadeira regra nacional em termos de ocupação do solo urbano, eis que uma boa parte dos municípios brasileiros têm seu território ocupado em desacordo com a legislação urbanística – na verdade a formação do território nacional é marcada por tal historiografia. Por tais motivos, pode-se afirmar que não existe uma consciência coletiva urbanística ou ambientalista que se preocupe com as ocupações desordenadas que geram a deterioração do meio ambiente e o caos social. Assim, loteamentos clandestinos ou em áreas públicas, ou de proteção aos mananciais, favelas, condomínios em áreas rurais e invasões de terras são uma constante no cenário surreal da (des)ordem urbana. Notadamente, é muito grande a defasagem entre o modelo adotado pela legislação urbanística e a vida da cidade real, eis que a tônica do uso do solo e das construções nas cidades é a irregularidade²⁴⁶.

Por tais razões, antes tarde do que nunca, a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto da Cidade, densificadora material do que dispõe o art.182 da Carta Política, em seu art.2º, estabeleceu que a ocupação do solo precisa observar o pleno desenvolvimento das funções sociais e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao

²⁴⁶ Discuti isto em meus livros LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000 e LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Considerando ainda que, pela dicção do art.30, do mesmo Diploma referido, é o Município a entidade federativa responsável mais direto pela execução de políticas públicas voltadas à ordenação do espaço urbano, conclui-se facilmente que ele se submete a àquelas *diretrizes gerais* do Estatuto da Cidade. Em outras palavras, tal lei federal se enquadra, dogmaticamente e salvo melhor juízo, como uma norma programática, de linhas gerais, de eficácia jurídica imediata, direta e vinculante²⁴⁷.

Tenho, pois, que tais diretrizes se afiguram como verdadeiros **princípios jurídicos vinculantes à atividade urbanística pública e privada**, ou seja, penso que se pode, simetricamente aos princípios constitucionais, apreciar as diretrizes do Estatuto da Cidade como verdadeiros princípios jurídicos ordenadores de toda e qualquer ação urbanística, levando em conta que elas, no ordenamento jurídico urbano nacional, operam com certo grau de abstração, pelo fato de carecerem de meações concretizadoras, todavia, com papel fundamental devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito urbanístico, figurando como verdadeiros *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de termos cidades sustentáveis, e por isto, fundamentando regras, ações e responsabilidades atinentes à espécie.

Não há opção de observar ou não tais diretrizes por parte de qualquer entidade federativa ou relação privada no país. Elas obrigam a todos por sua natureza de ordem pública e fundamentalizante à ocupação do espaço urbano, ostentando eficácia derogatória e diretiva dentro de todo o sistema jurídico, por óbvio que observados os seus limites constitucionais.

Em outras palavras, quero atribuir às diretrizes do Estatuto função também interpretativa, orientando as soluções jurídicas a serem processadas

²⁴⁷ Neste sentido, ver o trabalho de SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

diante dos casos submetidos à apreciação do administrador público, e, por intermédio de uma função supletiva, tarefa de integração do Direito, suplementando os vazios regulatórios da ordem jurídica urbana ou ausências de sentido regulador constatáveis em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa reguladoras da matéria consecutória.

Na espécie, o Município, ao dar cumprimento às suas competências constitucionais e políticas, voltado para o atendimento de problemas envolvendo a regularização fundiária urbana e – o que mais importa –; as vidas humanas alcançadas pelas situações descritas, tomou as iniciativas formais que demandam tal iniciativa, fazendo aprovar, primeiro, em março de 2006, a Lei nº5.898 (fls.31/34), permitindo que ocupantes de áreas suas, para fins de moradia, que não sejam proprietários de outro imóvel, e que sejam de baixa renda, continuassem utilizando os lotes, consoante regulação específica que declina. Este ato legislativo o Poder Público enquadrou-o como Direito de Superfície, instituto tanto do Código Civil brasileiro (arts.1.369/1.377), como do Estatuto da Cidade (arts.21/24).

Após isto, em junho de 2006, através da Lei nº5.984, a municipalidade instituiu Áreas Especiais de Interesse Social, exatamente para, dentre outras finalidades, promover a regularização fundiária de assentamentos habitacionais (inciso II, art.2º) – fl.18. Nesta norma, em seus arts.7º e 9º, desafetou, para os mesmos fins, bens de uso comum do povo ou de uso especial, **já ocupados para fins de moradia**, fazendo menção expressa ao imóvel em que se localiza o Loteamento Vista Alegre, ou seja, na chamada Vila Baum (fl.20, art.9º, inciso I).

Ato contínuo, em 13 de julho de 2006, aprovou a Lei nº5.998, desafetando especialmente o imóvel de matrícula nº75780, onde se localiza o Loteamento sob comento, para viabilizar ação pública concreta de regularização fundiária envolvendo as 40 famílias e os 32 lotes identificados.

As regras de uso destes lotes ocupados estão postos de forma clara e atendendo, de um lado, as diretrizes do Estatuto da Cidade mencionados e os comandos constitucionais consectários; de outro lado, estão a resolver um problema social de significativa magnitude, sob pena de desalojar 40 famílias que não terão sequer para onde ir, uma vez que instaladas na área sob comento.

Estas mesmas regras não deixam dúvidas que os lotes ocupados não serão transferidos de domínio, mas tão somente usados pelas pessoas que lá estão, o que não os desvincula do poder e disposição da comunidade em caso de desvio de finalidade que possam eventualmente ter, mantendo-se hígida, pois, a titularidade do Município sobre eles.

Os impactos econômicos e sociais com a remoção desta verdadeira comunidade reconhecida urbanística e publicamente como Loteamento Vista Alegre, seriam incalculáveis, devendo-se por isto imprimir aos fatos analisados hermenêutica conforme à Constituição, para os fins de viabilizar os objetivos e finalidades que ela expressa em todos os seus termos.

Por tais razões é que votei pela manutenção da situação criada pela municipalidade, não caracterizada qualquer ilegalidade no seu proceder.

III – O caso das multas de trânsito aplicadas em veículos estrangeiros no Rio Grande do Sul

Interessante caso é o relatado nos autos da ação civil pública federal nº2005.71.00.030060-5/RS, na qual o Ministério Público Federal postulava, inclusive em antecipação de tutela, que a União Federal, via Superintendência da Política Rodoviária Federal no Estado do Rio Grande do Sul, não impedisse a saída de veículos estrangeiros do país acaso impagas autuações por infrações de trânsito levadas a cabo no território nacional; não impedisse o ingresso no país de estrangeiro em nome do qual constasse multa impaga por infração de trânsito nos últimos cinco anos; que fossem os estrangeiros autuados por tais

infrações, quando a infração penal não é sujeita à justiça federal, encaminhados à polícia civil do Estado.

A decisão judicial deferiu parcialmente a liminar, tão somente no que tange a necessidade de conduzir e apresentar os estrangeiros flagrados em território nacional praticando fatos tipificados como crimes, ainda que também previstos na legislação de trânsito, à autoridade policial federal ou civil, conforme a natureza do crime.

E quais as bases de argumentação e fundamentação fáticas e normativas desta decisão?

Em termos de fundamentos fáticos – descritivos –, da decisão preliminar e de mérito, observam-se presentes os seguintes argumentos: (a) a causa eficiente e material que levou à aprovação de legislação autorizativa da conduta da Política Rodoviária Federal vergastada pela ACP (arts.119, §único, e 260, §4º, da Lei Federal nº9.503/97²⁴⁸), a saber, as inúmeras mortes provocadas por acidentes de trânsito nas estradas gaúchas, em face de negligências, imprudências e imperícias de condutores de veículos automotores; (b) a proteção da vida humana sob a perspectiva coletiva, o que, na verdade, vem fundada em pressuposto filosófico e pragmático distinto da vida humana enquanto direito individual; (c) que a penalidade imposta pelo cometimento da infração sob comento que incide – eventualmente – sobre o patrimônio (veículo) do condutor, não pode caracterizar restrição ao seu direito de liberdade de ir e vir, mas ao instrumento com o qual fora cometida a infração.

Poderia o magistrado prolator da sentença ter trazido à comprovação da primeira causa fática eficiente de seu argumento as estatísticas de

²⁴⁸ Dispõe estes artigos que: (i) os veículos licenciados no exterior não poderão sair do território nacional sem prévia quitação dos débitos de multa por infrações de trânsito e o ressarcimento dos danos que tiveram causado a bens do patrimônio público, respeitado o princípio da reciprocidade. (art.119, §único); (ii) quando a infração for cometida com veículo licenciado no exterior, em trânsito no território nacional, a multa respectiva deverá ser paga antes de sua saída do país, respeitado o princípio da reciprocidade. (art.260, §4º).

condutores infratores do Estado, tendo demonstrado a Polícia Rodoviária Federal no Rio Grande do Sul o seguinte quadro-amostra, referente ao ano de 2007:

Descrição	Infrações
Transitar em velocidade superior a máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias quando a velocidade for superior a máxima em até 20% (vinte por cento)	23899
Transitar em velocidade superior a máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias quando a velocidade for superior a máxima em mais de 20% (vinte por cento) até 5	8448
Ultrapassar pela contramão outro veículo onde houver marcação viária longitudinal	3770

Fonte: <http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/estatistica.faces>, acessado em 24/04/2009.

Os jornais do país dão conta disto também, podendo observar-se na notícia veiculada pelo Jornal Diário Catarinense, de Florianópolis, SC, edição do dia 07/11/2008, pg.01, segundo dados da publicação Saúde Brasil 2007, a taxa padronizada de mortes causadas por acidentes de trânsito (cálculo que leva em consideração números como população, óbitos e faixa etária) foi de 31,7 mortes por 100 mil habitantes em Santa Catarina. Em números totais, foram 1.923 mortes no trânsito em 2006. Os acidentes de trânsito ocupam a segunda posição entre as mortes por causas externas no Brasil, perdendo apenas para os homicídios. Somente no ano de referência da pesquisa, 2006, foram 35.155 mortes no país.²⁴⁹ Conforme dados apresentados pelo Jornal Zero-Hora, de Porto Alegre-RS, edição de 24/03/2009, pelo menos cem pessoas morreram no trânsito gaúcho no mês de março. De acordo com o levantamento feito pela

²⁴⁹ Registra-se que os dados do Estado de Santa Catarina são muito importantes para a causa em debate haja vista que para lá é que se destinam muitos estrangeiros que, vindos da Argentina e Uruguai, passando pelas estradas gaúchas, frequentam o litoral catarinense.

Rádio Gaúcha, 51% das mortes envolve motos e atropelamentos. Desde o início do ano de 2009, os dados mostram que 295 pessoas perderam a vida em acidentes de trânsito no Rio Grande do Sul.

Já no que tange à vida humana e sua proteção, há um cotejamento explícito e fático na causa – já envolvendo a dimensão analítica de apreciação do caso – que diz com a relação que se estabelece entre o direito à vida individual em face da relação que ela mantém com seu entorno e com outras vidas. Poderia aqui fazer referência, no campo da jurisdição, à ideia de *cláusula da comunidade* do direito constitucional alemão, como noção de limite imanente dos Direitos Fundamentais, tomando como pressuposto que tais direitos não poderiam ser invocados quando seu exercício colocasse em risco bens jurídicos relevantes à comunidade.²⁵⁰

Como já tive oportunidade de dizer em recente livro publicado, atender a direitos fundamentais de alguns sem levar em consideração o impacto que isto, potencial ou efetivamente, pode causar a outros, significa tratar desta questão a partir de uma lógica de matiz kantianamente individual, aceitando a premissa de que a legitimidade do ordenamento jurídico reside no fato de que este assegura e garante a coexistência das vontades arbitrárias dos indivíduos para não operarem danos a outrem. Entretanto, ao invés deste primado liberal (radical) da autonomia da vontade privada e dos direitos individuais, a reflexão que proponho opera com o primado da autonomia pública, ou da soberania popular²⁵¹, no sentido de que legítimas são aquelas leis, decisões e atos que os cidadãos mesmos, enquanto membros orgânicos de uma comunidade se dão a si próprios. Veja-se que, neste sentido, a autonomia, a liberdade e o direito

²⁵⁰ Conforme CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.274 e seguintes.

²⁵¹ Ver o texto de HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998, p.212.

privado apresentam-se como momentos derivados e não primários, eis que só podem ser exercitados no âmbito em que a autonomia pública concede.²⁵²

É neste universo fático e já normativo que o magistrado, acertadamente, compreendeu o tema que lhe fora posto na ACP, tratando a penalidade administrativa imposta à retenção do veículo em face de inadimplemento de multa infracional como consequência de política pública de segurança emergencial que deve ser operada nas estradas gaúchas.

As consequências econômicas potencialmente danosas aqui para o turismo nacional, cotejadas com os bens jurídicos vida e patrimônio público sob risco dos abusos do trânsito, foram colocadas em plano de densidade jurídica menor, merecendo sim proteção, desde que compatibilizada com valores e interesses indisponíveis que estavam, na espécie, em jogo.

IV – A propriedade intelectual e sua proteção judicial

Outro tema altamente sofisticado e que tem gerado profundos debates na jurisdição brasileira, com impactos econômicos no âmbito das relações jurídicas, é o que diz com a propriedade intelectual e os direitos autorais. A casuística tem insistido com a tese de que estes direitos reúnem uma rede complexa de interesses relacionados tanto à pessoa do autor, envolvendo o que chamam de direitos morais, e outros ligados à utilização econômica das obras artísticas, literárias ou científicas, sendo, nestes casos, conhecidos como direitos patrimoniais.²⁵³

²⁵² Ver meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²⁵³ Ver a decisão proferida nos autos do Recurso Especial nº 445908 / SP, do STJ, relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado na Quarta Turma, em 26/06/2007, publicado no DJ 24/09/2007 p. 311. Nesta reprodução, por exemplo, entra a questão da inserção, ou de inclusão, modalidade diversa e independente de utilização da obra intelectual (direito que tem o autor ou titular de uma obra literária, artística ou científica de autorizar sua integração a uma outra obra). Ver o texto de ABRÃO, Elaine Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 84.

Registrou o relator do Acórdão referido que, como direito patrimonial, ao autor é conferido o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor de sua obra como bem quiser, sendo necessária, portanto, a expressa autorização para cada um dos modos independentes de utilização da obra intelectual, consoante disciplina os arts.30 e 35, da Lei n. 5.988/73, mais os arts.29 e 31, da Lei n. 9.610/98.

Por sua vez, o direito de reprodução é o direito patrimonial amplamente reconhecido, encontrando-se com ele o direito de edição, o direito de transformação, o direito de tradução, o direito de inserção ou de inclusão, o direito de distribuição e locação, entre outros. Cada modo de utilização da obra é independente dos demais e correspondente a um direito exclusivo de autor, a quem caberá autorizar a utilização de sua obra intelectual.²⁵⁴

Como lembra Bittar²⁵⁵, a representação e a execução das obras artísticas, científicas e literárias são os dois grupos de direitos econômicos nos quais todos os outros modos de utilização da obra intelectual estão compreendidos, dado que o rol disposto no art. 30, da antiga Lei de Direitos Autorais, 5.988/73, bem como no art. 29, da vigente Lei n. 9.610/98, não são taxativos.

A par destes elementos, o que se discutiu nos autos foram temas atinentes à solidariedade ou não das pessoas jurídicas que se envolveram na reprodução e utilização de imagens e músicas de terceiros, além da caracterização ou não da finalidade de lucro destas ações, o que pode impactar economicamente relações jurídicas entabuladas, decorrendo daí a ratificação da premissa de que *em relação à indenização por danos materiais decorrentes da indevida utilização de obra intelectual, impossível estabelecer a condenação*

²⁵⁴ ESPINOLA, Eduardo. *Posse – Propriedade – Condomínio – Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

²⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 52/53, citado pelo Acórdão sob análise.

*almejada, sem comprovação do efetivo prejuízo ou dos lucros cessantes e da extensão dos danos havidos.*²⁵⁶

Com o advento da internet e da exploração comercial – muitas vezes ilícita –, bem como das práticas ilegais e abusivas de uso (os mais variados) de obras intelectuais neste país, é que se tem observado o aumento significativo de ações judiciais envolvendo estes direitos, muitas delas as vezes extrapolando os limites do razoável, é verdade, razões pelas quais a magistratura deve estar preparada para bem dimensionar os impactos econômicos de decisões que envolvam estas matérias, sob pena de inviabilizar iniciativas de produção e renda existentes.

Pinheiro lembra que o progresso técnico é muito influenciado pela qualidade dos sistemas legal e judicial, pois são estes que garantem o direito de propriedade intelectual, mais vulnerável à expropriação por terceiros do que ativos físicos. Um exemplo que dá no particular é o caso dos investimentos com alto conteúdo tecnológico, como o que envolve a fabricação de componentes eletrônicos, que o Brasil vem tentando atrair há alguns anos. Estudos recentes mostram que a qualidade do judiciário é um dos principais itens considerados por esses investidores na hora de decidir onde investir.²⁵⁷

²⁵⁶ Acórdão citado, p.08.

²⁵⁷ In PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* Op.cit., p.

CAPÍTULO QUINTO

MERCADO, FORNECEDOR E CONSUMIDOR

I – Notas Introdutórias

Pretendo neste capítulo abordar o tema da relação existente entre mercado, fornecedor e consumidor, notadamente no que tange aos aspectos jurídicos envolvidos na espécie, para aferir até que ponto os impactos econômicos decorrentes da jurisdicação destes cenários têm contribuído à maturação dos sujeitos de direitos envolvidos.

Para tanto, vou situar a abordagem a partir do foco do Direito do Consumidor e o que ele provocou em termos de adequação do mercado de operacionalização e responsabilidades consectárias.

II – A natureza consumeirista das relações de mercado: novos paradigmas

A chamada moderna sociedade de consumo tem se caracterizado pela expansão violenta do capitalismo e suas mutações organizacionais (industrial, monopolista, especulativo, etc.), desde a produção em série, passando pela mecanização do processo produtivo, pelo desenvolvimento dos métodos e técnicas de venda, publicidade e propaganda – acompanhados de estratégias agressivas de venda –, o que redundou na explosão do consumo e do crédito, gerando cadeias complexas e muito ágeis de circulação dos produtos, aumento concentrado da riqueza e diversidades de opções aos consumidores.

Todos estes fatores contribuíram significativamente para o crescimento das empresas, à massificação do consumo e das trocas, à proliferação de novas modalidades de contratos (contratos de massa, de adesão, etc., marcados por altos índices de despersonalização, desconsiderando completamente o conceito tradicional de manifestação de vontade livre e se louvando tão somente na igualdade formal das partes), colocando em xeque alguns dos tradicionais institutos regulatórios das relações negociais fundadas

na filosofia do liberalismo econômico, e sua concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho livres propiciam o *estabelecimento do contrato como instrumento jurídico por excelência da vida econômica, surgindo como uma espécie de negócio jurídico que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa, não se levando em conta a condição ou posição social dos sujeitos*.²⁵⁸

Vale lembrar aqui a lição de Paulo Lobo:

*Na fase do Estado liberal foram construídos os três grandes princípios que nos acostumamos a tratar, que aprendemos e ensinamos, equivocadamente, como se eles permanecessem prestantes a resolver as situações negociais que estamos vivenciando neste final de século. Esses princípios regulam a relação negocial clássica, que se dá pela manifestação de vontade livre de quem propõe e a manifestação livre de quem aceita. Portanto, o acordo, o consentimento, é o substrato a que se voltam esses princípios, que são: o princípio da autonomia da vontade, o princípio da relatividade subjetiva e o princípio da obrigatoriedade, ou seja, para celebrar contratos, as pessoas são livres, o que se acorda se torna obrigatório para as partes e não ultrapassa as pessoas das partes do negócio jurídico. Na época em que vivemos, esses princípios não mais conseguem ser respostas adequadas. O atual estágio de complexidade das relações negociais nos convida a repensar, a afirmar outros princípios, ao lado desses ou em contraposição a esses, que melhor possam explicar os fenômenos negociais do final do século XX.*²⁵⁹

Na mesma direção, no início da década de 1990, asseverava Cláudia Lima Marques que:

Na ciência jurídica do séc. XIX, a autonomia de vontade era a pedra angular do direito. A concepção de vínculo contratual desse período está

²⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 06. Ver também o excelente e visionário texto de COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *O Direito brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. In Revista de Informação Legislativa nº97, abril-março/88, p. 134.

²⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Contratual e Constituição*. In <http://jusvi.com/artigos/44>, acessado em 05/02/2009. Ver também o excelente trabalho de MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV, São Paulo: v. 1, n. 1, maio de 2005.

centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual. É a época do liberalismo na economia e do chamado voluntarismo no Direito. A função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger esta vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contraentes. A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes.²⁶⁰

A lógica, pois, da *livre manifestação da vontade* como elemento constitutivo de negócios jurídicos, nos últimos tempos, tem sofrido progressivo impacto tanto das relações econômicas no formato acima desenhado, como do próprio sistema normativo, demasiadamente interventivo e protecionista de segmentos sociais mais frágeis, que se deixam seduzir por formas cada vez mais intensas e eficazes de persuasão (propaganda e publicidade de vendas), e da criação artificial de necessidades, evidenciando, por vezes, abusos do poder econômico.

Assim sendo, mister é reconhecer que, se a manifestação de vontade constitui elemento indispensável à perfectibilização do contrato, eis que *a vontade é o elemento essencial do factum no negócio jurídico*²⁶¹, a esfera de liberdade da pessoa que lhe é reservada para o exercício dos direitos e a formação das relações jurídicas do seu interesse ou conveniência encontra-se

²⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais*. In Revista AJURIS, vol.52. Porto Alegre: AJURIS, 1991, p.36.

²⁶¹ LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de Direito Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p.432. Por certo que esta vontade deve, por sua vez, estar imbuída de boa fé, sob pena de ser inválida. Nesse sentido a doutrina italiana: *la valutazione secondo buona fede dovrà proprio approdare alla scelta della soluzione socialmente più desirabile. Questa scelta dovrà essere condotta in modo da assicurare la prevalenza all'interesse, implicato nell'operazione economica, che si presenta come il più vantaggioso in termini di costo sociale*. ALPA, Guido e BESSONE, Mario. *Tecnica e controllo dei contratti standard*. Rimini: Maggioli Editore, 1994, pp.118.

permanentemente ameaçada por induções mercadológicas de necessidades voltadas ao consumo desenfreado e perdulário, não raro ameaçador da viabilidade orçamentária vital dos consumidores.

Na advertência ponderada de Kumpel²⁶², pertence aos nominados direitos imprescindíveis de uma ordem constitucional orientada pelo princípio da liberdade, a condição de que cada pessoa possa celebrar contratos com base na sua vontade autônoma e não de modo determinado pela outra parte contratante. Tal direito de autodeterminação exige, porém, uma medida mínima de paridade contratual, que as regras de mercado e os sujeitos que atuam nele não possuem *naturalmente*; pelo contrário, a regra é que existam relações profundamente díspares notadamente entre fornecedores e consumidores.

Por tais razões, tem-se dito que a nova ordem das relações jurídicas em geral – e as negociais em particular – está demarcada, constitucional e infraconstitucionalmente, por sua natureza e implicações sociais, levando em conta os sujeitos envolvidos e suas especificidades extranormativas, exatamente para buscar garantir níveis maiores de igualdade formal e material, ao menos no plano das garantias fundamentais.²⁶³ Tais caracteres se impõem às relações privadas de forma direta, eis que *uma nova legitimação do Direito Privado na consciência jurídica do Estado social e a sua convincente sintonização com o direito social (ao lado da sua integração numa economia concorrencial concebida*

²⁶² KÜMPEL, Siegrif. *Proteção do Consumidor no Direito Bancário e no Direito de Mercado de Capitais*. In Revista de Direito do Consumidor, vol.52, outubro/dezembro 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pg.322.

²⁶³ Ver neste sentido o texto de MARQUES, Claudia Lima. *Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual*. In Revista Ajuris, vol.100. Porto Alegre: AJURIS, 2005, p.73 e seguintes. Lembra a autora que O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é o maior exemplo desta nova teoria contratual. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei 8.078/90) realmente impõe a transparência (art. 4 caput), o princípio da Boa-fé objetiva (art. 4, III) e a ativa proteção do consumidor com base na Boa-fé de condutas (Art. 51, IV e § 1º) e na interpretação dos contratos conforme a confiança despertada (art. 30, 34, 35, 47 e 48 todos do CDC). Da mesma forma, o novo Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) cria deveres com base na boa fé (Art. 422), impõe limites (art. 187) e uma interpretação guiada por esta boa fé objetiva (Art. 113) e, em especial, impõe como razão e limite à autonomia privada a função social dos contratos (Art. 421). (p.75).

*como princípio de funcionamento do mercado) passaram a constituir a tarefa mais premente da jurisprudência e da dogmática civilísticas da atualidade.*²⁶⁴

Isso não significa dizer que resta aniquilada a liberdade de contratar, mas que ela tem novos parâmetros de formatação e interpretação, pautados hoje por normas que ampliam o espectro de alcance e significado das obrigações negociais, a ponto de que não impliquem violação implícita ou explícita de direitos que são, em verdade, de ordem pública incondicionada. Correto, pois, Miguel Reale ao sustentar que na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916; ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a chamada socialização dos contratos; ou, então, assume uma posição intermediária, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções eqüitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002.²⁶⁵

Por todos esses cenários, a Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, inciso XXXII, determinou ao Estado a responsabilidade de tutelar as relações de consumo, e o fez buscando criar estratégias de equalização das diferenças materiais gritantes entre os sujeitos de direito que interagem no mesmo cenário político, econômico, cultural e jurídico, reconhecendo exatamente tais diferenças como elementos integrantes de uma realidade que precisa ser alterada com ordem normativa, advertindo Vera Fradera²⁶⁶:

²⁶⁴ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 626.

²⁶⁵ REALE, Miguel. *A Função Social do Contrato*. In *Jornal O Estado de São Paulo*, edição de 22.11.2003, p.17.

²⁶⁶ FRADERA, Vera Jacob de. *Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor: uma abordagem clássica*. In *Revista de Direito do Consumidor*, vol.52, outubro/dezembro de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pg.321. Registre-se, por respeito acadêmico, neste artigo específico, nossa não concordância quanto à qualificação de cláusulas ineficazes das nulidades estabelecidas pelo art.51, do CDC, defendidas pela culta autora, haja vista alcançarem tais cláusulas o próprio plano da validade dos pactos e não somente o de sua eficácia.

“O Estado passou a controlar certos tipos de relacionamento contratual, onde a existência de uma desigualdade, motivada por razões de ordem econômica e cultural entre as partes, era mais flagrante”.

Diante deste mister, a União promulgou a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), delimitando qual o âmbito de abrangência e eficácia das normas que regulam tal matéria.

Tal legislação, por motivações legislativas próprias e com nítida natureza política e social, estabeleceu, no art.4º, I, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Aliás, num quadro político e econômico marcado por profundas diferenças sociais, como é o caso do brasileiro, a toda evidência que não poderia ser diferente essa previsão outorgada ao pólo indubitavelmente mais frágil no mercado econômico capitalista²⁶⁷. Comentando tal característica da legislação, Fábio Konder referiu que *“o consumidor certamente é aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, deve se submeter ao poder dos titulares destes, concluindo que, por conseguinte, consumidor é, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”*.²⁶⁸

Nesta mesma linha de raciocínio vai José Geraldo Brito Filomeno²⁶⁹, ao afirmar que, no âmbito de tutela especial do consumidor, efetivamente é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, sem se falar na fixação de suas margens de lucro.

²⁶⁷ Ver o texto de FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Protecção*. In Separata do vol. XXXVIII, do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994.

²⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A Protecção ao Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico*. In Revista de Direito Mercantil, ns.15/16, ano XIII,1994, pg.39.

²⁶⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001,pág.59.

O restante do Código também deixa claro esta premissa de hipossuficiência do consumidor, tanto quando facilita seu acesso aos instrumentos de defesa, principalmente no âmbito coletivo, como quando estabelece a responsabilidade objetiva aliada à inversão do ônus da prova.

Assim, resta consumada a posição da legislação que trata sobre as questões que envolvem o consumidor, no sentido de considerar sempre, caso a caso, a posição fragilizada deste.

De igual sorte, as normativas supra-referidas vêm trazer significativa alteração na estruturação do sistema jurídico pátrio, dentre as quais, com Sálvio de Figueiredo Teixeira²⁷⁰, a título exemplificativo, tem-se: (a) a formulação de um conceito ampliado de fornecedor, alcançando todos os agentes econômicos do mercado de consumo, inclusive operações de crédito e securitárias; (b) a criação de um elenco de direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação; (c) a ampliação das hipóteses de proteção contra os desvios de quantidade e qualidade dos produtos e serviços prestados pelo mercado; (d) o regramento do marketing envolvendo a oferta e a publicidade dos produtos no mercado; (e) o controle das práticas e cláusulas abusivas, banco de dados e cobranças envolvendo relações e consumo.

Ao lado disso, ainda se poderia referir os avanços que houve – como auxílio desta nova normativa – em termos de descon sideração da personalidade jurídica de fornecedores envolvidos em relações de consumo marcadas por ilicitudes ou irregularidades (art.28, do CDC); a ampliação das ações coletivas para a defesa destes interesses (art.81, CDC), e mesmo o alargamento dos mecanismos para fazê-lo, à luz do que dispõe o art.83, do mesmo estatuto; a importante extensão dos efeitos de decisões judiciais envolvendo consumidores, nos termos do art.103, CDC; inversão do ônus da prova (art.6, VIII, CDC), etc.

²⁷⁰ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. *A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro*. In Revista de Direito do Consumidor, vol.43, julho/setembro de 2002. São Paulo: Malheiros, 2002, pg.74.

São, na verdade, as relações contratuais de direito privado e público que vão se conformando às novas regras de consumo, tudo visando à melhor proteção dos consumidores e a qualificação do próprio mercado em termos de objetivos e finalidades consentâneos para com os valores e princípios constitucionais que resguardam a República e Cidadania brasileiras.

Para tanto, o Estado, quando edita as regras de consumo para o país, o faz exercitando plenamente o modelo de dirigismo econômico que marca suas feições constitucionais contemporâneas, decorrente daí, por exemplo, o princípio de que a sanção pela transgressão de normas de ordem pública é inexoravelmente a nulidade, e mesmo o rompimento do dogma de intangibilidade dos pactos privados (*pacta sunt servanda*) envolvendo interesses patrimoniais disponíveis, em face das garantias constitucionais de acesso à jurisdição e das prerrogativas asseguradas pela ordem infraconstitucional como um todo, orientadas pela necessidade de realização da justiça concreta.

Diante de tais considerações, passarei a avaliar alguns negócios jurídicos que, alcançados por todas estes novos princípios e regras jurídicas, têm causado impactos econômicos destacados às partes contratantes, e que por esta razão têm chamado a atenção do sistema de justiça nacional para o adequado tratamento.

III – Os negócios jurídicos bancários

Durante algum tempo a doutrina e a jurisprudência nacionais se dividiram no que tange à aplicação ou não das regras consumeiristas às relações jurídicas bancárias, isto em face da discussão acerca da natureza dos serviços prestados pelas instituições financeiras, eis que operariam, predominantemente, com o produto crédito, consoantes os termos dos arts.119

e 120, do Código Comercial vigente, a despeito de outros serviços que viessem a prestar de forma acessória (cobranças, seguros, etc.).²⁷¹

De outro lado encontra-se a majoritária doutrina e casuística, no sentido de que se aplica aos negócios jurídicos bancários o disposto no art.29, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que ela deixa claro que, para os fins dos capítulos do Código que tratam das práticas comerciais e da proteção contratual, *se equiparam aos consumidores todas as pessoas determináveis, ou não, expostas às práticas nele previstas*, o que alcançaria todos aqueles que levassem a cabo as práticas abusivas previstas neste estatuto, além, é óbvio, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor (em regra geral). Exemplifica Luís Renato: *Assim, aquele que se submete ao regime de publicidade em massa pode ser vítima da propaganda enganosa e, neste ponto, estará sujeito ao art. 37, que trata do tema. O mesmo se diga a respeito das normas que vedam as cláusulas abusivas, previstas no art. 51 do diploma de defesa dos consumidores.*²⁷²

Para Wambier, se o tomador dos recursos se utilizou do montante obtido por meio de operação de crédito à realização de atividades próprias, seja para o âmbito da produção, seja para consumo definitivo, estará consumindo aqueles recursos e, por isto, sujeitando, no caso, a operação bancária aos termos do Código de Defesa do Consumidor, considerando, pois, que o tomador

²⁷¹ Ver o texto de SILVA, Luís Renato Ferreira. *Causas de revisão judicial dos contratos bancários*. In Revista AJURIS, vol. Especial nº02. Porto Alegre: AJURIS, 1998. Sustenta o autor que a tese central desta vertente é a de que *o tomador do mútuo feneratício, o que se vale do contrato de antecipação bancária, o que usa do arrendamento mercantil financeiro, em suma, o contratante de um negócio tipicamente bancário, o faz para poder usufruir o crédito em uma (ou mais) operações subseqüentes. Encarada desta forma, a atividade bancária certamente estaria alijada das normas do Código de Defesa do Consumidor, haja vista a definição de consumidor legalmente estabelecida. Este o raciocínio esposado por quem sustenta a inaplicabilidade da legislação de proteção ao consumidor às atividades bancárias.* (p.600). Arduoso defensor da tese de que não se aplica o Código do Consumidor às relações bancárias é WALD, Arnoldo. *O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. In Revista dos Tribunais. Vol.666. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.7-17.

²⁷² Idem, p.601.

do empréstimo é o último destinatário daquela relação de consumo. Desta forma, na medida em que o consumidor utilizar os recursos para os fins que pretender, estará formatando outras relações completamente desvinculadas da anterior.²⁷³

A despeito disso, não se pode deixar de considerar que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2591²⁷⁴, contou com o voto-vista do Ministro Nelson Jobim no sentido de conferir interpretação conforme a norma constitucional ao artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, para os fins de excluir do seu alcance as principais operações bancárias, sustentando que somente os serviços como custódia de valores, fornecimento de informações a correntistas e atendimento ao público, poderiam ser alcançados pelas regras consumeristas, o que não ocorreria no caso das chamadas *operações bancárias típicas*, tais como depósitos, hipotecas, poupanças e cheques especiais.²⁷⁵

A despeito de tal posicionamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria (nove votos a dois), julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2591.

²⁷³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Os Contratos bancários e o Código de defesa do Consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor. Vol.18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.125-132. Na mesma direção ver o texto de FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2000, e de DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor – Conceito e Extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁷⁴ Ação intentada pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras (Consif), buscando o reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo 2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), na parte em que inclui, no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. A entidade pedia a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) na parte em que inclui, no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária

²⁷⁵ Em seu voto, o Ministro Nelson Jobim diferenciou o regime de proteção ao consumidor do regime de proteção do poupador e do mutuário do sistema financeiro, estabelecendo distinção entre o usuário do sistema bancário e o correntista, uma vez que até já existe no país resolução do Banco Central que protege a relação do usuário que busca atendimento bancário.

O Ministro Cezar Peluso, em seu voto, afirmou que o CDC não veio para regular as relações entre as instituições do Sistema Financeiro Nacional e os clientes sob o ângulo estritamente financeiro, mas para dispor sobre as relações de consumo entre bancos e clientes, não se podendo falar sequer em derrogação da Lei nº 4.595/64, que regulamenta as ações do sistema financeiro.

Da mesma forma votou o Min. Marco Aurélio, entendendo que o CDC não representa nenhum risco ao Sistema Financeiro Nacional (SFN), o que vem demonstrado pela impressionante lucratividade dessas instituições.

O Min. Celso de Mello, por sua vez, ressaltou que a proteção ao consumidor qualifica-se como valor constitucional, sendo que as atividades econômicas estão sujeitas à ação de fiscalização e normativa do Poder Público, haja vista ser o Estado agente regulador da atividade negocial, tendo o dever de evitar práticas abusivas por parte das instituições bancárias, razão pela qual se afigura correto que o CDC regulamente as relações de consumo entre bancos e clientes.

Por fim, a Min. Ellen Gracie sustentou também que as relações de consumo nas atividades bancárias devem ser protegidas pelo CDC, restando o resultado final da ADI assim desenhado: votaram pela improcedência do pedido formulado pela Consif os ministros Néri da Silveira (aposentado), Eros Grau, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ellen Gracie. Ficaram parcialmente vencidos os ministros Carlos Velloso (aposentado), relator, e Nelson Jobim (aposentado).

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, em 09.09.2004, editou a Súmula 297, asseverando que: *O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*, fruto do entendimento dos seguintes julgamentos: RESP 57.974, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 29.5.1995; RESP 106.888, rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 5.8.2002; RESP 175.795, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 10.5.1999; RESP 298.369, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito,

DJ 25.8.2003; e RESP 387.805, rel. Min^a. Nancy Andrighi, DJ 9.9.2002; RESP 160.861, rel. Min. Costa Leite, DJ 3.8.1998; RESP 163.616, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 3.8.1998; RESP 47.146, rel. Min. Ruy Rosado, DJ 6.2.1995.

Ao lado dessas questões normativas postas, há também as de natureza econômica e fática, no sentido de que se revela inafastável, nos dias atuais, a importância do crédito na vida das pessoas comuns do povo, eis que dele dependem para atos negociais e de exercício da condição de cidadão (demandando crédito para a compra de veículos, aquisição de casa própria, linhas de crédito para a formação educacional e profissional, etc.), isto independentemente da tônica do mercado ser o consumo desenfreado. Tais cenários colocam os produtos bancários como verdadeiros serviços ao consumidor.

Paralelo a isso há toda uma infra-estrutura de proteção deste produto chamado crédito no Brasil, haja vista as instituições que foram criadas para tanto, tais como: (a) os Serviços de Proteção ao Crédito (SPCs), ligados ao setor do comércio, e que contam com arquivo de dados em nível nacional, operado pelos Serviços de Proteção ao Crédito, departamentos das Câmaras de Dirigentes Lojistas (CDLs), informando aos seus usuários as pendências financeiras dos consumidores perante o comércio; (b) o SERASA, empresa privada de sociedade anônima, constituída em 1968, originalmente para assessorar os bancos nas informações que precisam no giro de suas atividades específicas, também se identifica como órgão restritivo e é hoje uma das maiores empresas de análise, informação econômico-financeira e cadastral do mundo²⁷⁶; (c) o Cadastro Informativo de Créditos (CADIN), instituído pelo Decreto Federal nº 1.006, encontrando regulamentação na Circular nº 2.407/1994, do Banco Central do Brasil, constituindo-se em serviço do Banco

²⁷⁶ Conforme informações obtidas no <http://www.serasa.com.br/serasa>, acessado em 18/02/2009.

Central, integrado por várias secretarias (Tesouro Nacional, Receita da Fazenda etc.), órgãos e demais entidades federais, cujo escopo é o de tornar disponíveis à Administração Pública Federal e entidades por ela controladas, informações sobre créditos não quitados para com o setor público.²⁷⁷

Com perspectiva científica apurada, Ferreira da Silva conclui, com o que concordo, o seguinte sobre o tema versado:

(a) em que pese a dicção definidora de consumidor no Código de Defesa do Consumidor aparentemente excluir os bancos da incidência de suas regras, a jurisprudência, maciçamente, tem aplicado as normas da Lei nº 8.078/90 aos contratos bancários.

(b) Mesmo que não se seguisse a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a presença de cláusulas abusivas seria causa de revisão dos contratos bancários, eis que seu fundamento é a incidência do princípio da boa-fé, também aplicável no Direito comum.

(c) Tanto pelas regras do Código de Defesa do Consumidor quanto pelas regras do Direito comum, o ordenamento jurídico pátrio permite a revisão por lesão, apenas que, no diploma dos consumidores, sob a forma objetiva, e, no Direito comum, na forma de lesão subjetiva.

(d) Tradicionalmente, a teoria da imprevisão tem feito frente às circunstâncias posteriores à contratação; porém, devido a seus requisitos serem mais limitados, deve-se preferir o uso da teoria da quebra da base do negócio que também possui um âmbito de incidência maior, que é a adotada no Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, V, segunda parte.²⁷⁸

No plano da dogmática jurídica forense, a evolução dessa matéria oportunizou inclusive algumas sedimentações jurisprudenciais anteriores à ADI

²⁷⁷ Ver no <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/cadin/index.asp>, acessado em 18/02/2009. Poderia citar aqui também o Sistema de Informações do Banco Central – SISBACEN, eis que o art. 1º, do Regulamento do SISBACEN, aprovado pela Circular nº 2.717, de 03.09.1996, do Banco Central, o define como *sistema informatizado de natureza corporativa, desenvolvido no âmbito do Banco Central do Brasil com o objetivo de: [...] V – disponibilizar para órgãos e entidades integrantes do Governo Federal, assim como outras esferas do poder público, informações constantes das suas bases de dados, observando os preceitos de sigilo que legalmente as envolvem; VI – permitir o acesso por parte do público, pessoas físicas ou jurídicas, às informações de caráter geral mantidas nas bases de dados que o compõe, bem como, àquelas de natureza particular, aos seus respectivos interessados*. Ver no sítio <http://www.bcb.gov.br/SISBACEN>, acessado em 18/02/2009.

²⁷⁸ SILVA, Luís Renato Ferreira. *Causas de revisão judicial dos contratos bancários*. Op.cit., p. 612.

nº2591, tais como as que envolvem a taxa de juros reais, a comissão de permanência e a periodicidade dos juros capitalizados nos contratos celebrados entre bancos e consumidores, basta ver as súmulas dos Tribunais Superiores dizendo que: é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada (Súmula 121, STF); a comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis (Súmula 30, do STJ); a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores (Súmula 286, do STJ).

Todas essas decisões judiciais têm causado impactos significativos na própria estruturação organizacional das instituições financeiras do país, fazendo com que, em algumas situações, elas revejam o fornecimento de determinados produtos ao mercado, exatamente em face da possibilidade de intervenção judicial e perigo de perdas de rendimentos – geralmente milionários.

Foram tão fortes aqueles impactos que, apesar da posição do Supremo Tribunal Federal pró-consumista (na ADI nº2.591) operou-se profunda revisão jurisprudencial sobre a matéria, no sentido agora pró-instituições financeiras, basta ver o teor das seguintes súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

(a) *A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor.* Súmula nº380.

(b) *Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.* Súmula nº381.

(c) *A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.* Súmula nº382.

(d) *Cabe ação monitória para haver saldo remanescente oriundo de venda.* Súmula nº384.

(e) *Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia.* Súmula nº385.

Há alguma dúvida que tais diretivas jurisprudenciais vão de encontro à proteção dos interesses mais hipossuficientes desta relação econômica? Por certo que não, eis que restaram ampliadas as possibilidades das instituições financeiras utilizarem os mecanismos coativos da execução judicial para forçarem adimplementos que porventura até estejam contaminados com cláusulas abusivas, as quais sequer ao judiciário é permitido reconhecer de ofício.

Por tais razões, impõe-se a parcimônia judicante na apreciação das entabulações que consumidores e fornecedores do sistema financeiro têm realizado, inclusive para evitar a ideologização das funções que cada qual assume nas relações de mercado existentes no país.

Mesmo em outros campos há destacada importância pedagógica da nova cultura consumeirista, eis que contributiva na correção de desvios abusivos de comportamentos. Veja-se a decisão da 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, proibindo a empresa Maxi Chama Azul Gás Distribuidora de Gás Ltda de comercializar Gás Liquefeito de Petróleo – GLP (popularmente conhecido como ‘gás de cozinha’) em botijões de outras marcas, eis que esta prática poderia confundir os consumidores²⁷⁹. Ademais, tal comportamento da referida empresa está vedado pela Resolução nº15/2005, da Agência Nacional de Petróleo – ANP, que proíbe, na verdade envasilhamento, a guarda ou a comercialização de botijões de marcas alheias.

Por outro lado, há todo um conjunto de argumentos provindos do setor financeiro e bancário dando conta, por exemplo, de que há duas grandes causas para o baixo volume de crédito na América Latina hoje, a saber: (1) a instabilidade macroeconômica e os elevados déficits públicos tradicionalmente

²⁷⁹ A decisão do Tribunal se deu em resposta à apelação cível apresentada pela empresa visando à reforma da sentença de primeiro grau nesta direção. Fonte: <http://www.jornaldaordem.com.br/noticia>, acessada em 29/01/2009.

observados na região; (2) a falta de proteção dos direitos dos credores e aos direitos de propriedade e regra da lei.²⁸⁰

Na mesma direção vai Armando Castelar Pinheiro, ao sustentar que a ineficiência judicial envolvendo a morosidade das decisões e o custo de uso do sistema de justiça, mais o risco embutido na falta de previsibilidade dos julgados, afiguram-se como causas expressivas dos altos *spreads* bancários no país.²⁸¹ Em face de tais particularidades, as instituições financeiras chegam a concluir que, para empréstimos no mercado de varejo, cadastros de proteção ao crédito (negativos), como Serasa, SPC, e congêneres, são mais efetivos em garantir o pagamento das obrigações contraídas do que os Tribunais, por certo não levando em conta as garantias constitucionais que se asseguram a qualquer parte para discutir interesses – patrimoniais ou não – no Brasil.

Um dos argumentos de fundo dessa posição dos bancos é o de que a morosidade da decisão judicial reduz em muito o valor das garantias como proteção contra a inadimplência, diminuindo ainda a relevância de propriedade de ativos como garantia implícita aos credores. Assim, ainda que normalmente os bancos venham vencer a ação judicial, quando isso ocorre em regra não existem ativos a serem executados aptos a permitir a recuperação do crédito.

É curioso que, em entrevista realizada no ano de 2001 com magistrados de todo o país, quando perguntados sobre a frequência com que pessoas físicas e jurídicas recorriam ao judiciário não para reclamar direitos, mas para adiar o cumprimento de obrigações assumidas, explorando, assim, a morosidade do sistema de justiça, os que responderam a demanda informaram que: (a) em questões tributárias, muito freqüentemente usa-se tal prática (45,4% dos entrevistados); (b) em questões envolvendo o mercado de crédito, da mesma forma (32,7%); (c) em questões trabalhistas também (25,4%). Na mesma

²⁸⁰ GALINDO A. & MICCO, A. *Creditor Protection and Financial Cycles*. In Working Paper n°448, Inter American Development Bank, 2001, p.13.

²⁸¹ PINHEIRO, Armando Castelar. *O componente judicial dos spreads bancários*. Paper apresentado no curso de Mestrado em Poder Judiciário, da FVG-RIO, p.02.

pesquisa, os temas envolvendo direitos do consumidor e meio ambiente foram catalogados como objetos de discussão judicial voltada à solução da controvérsia, e não para postergação, eis que menos do que 9% dos entrevistados que responderam se manifestaram pela frequência de ações protelativas.²⁸²

A pesquisa ainda aponta outro fator/variável neste processo, que é a chamada *posição ideológica* do magistrado, eis que há certo exagero de politização da atuação jurisdicional em determinados campos sociais – como o das privatizações, relações de trabalho, de consumo, ambientais, envolvendo direitos sociais, etc. O autor da pesquisa, todavia, se equivoca, em meu sentir, quando afirma que o ativismo judicial *baseia-se em grande medida nos amplos direitos sociais e individuais inscritos na constituição, dos quais os juízes podem derivar argumentos para decidir em contrário ao estipulado na legislação específica sobre um determinado assunto*. Ocorre que os chamados Direitos Sociais são verdadeiras conquistas da civilização e do sistema jurídico ocidentais, resultado de profundos debates e lutas históricas que não podem ser olvidados nos tempos atuais, sob pena de retrocesso social violador da própria ordem normativa posta.²⁸³

De qualquer forma, as decisões judiciais referidas acima, além de causar certo prejuízo a algumas atividades econômicas – quiçá ilícitas –, contribui à educação tanto de fornecedores como de consumidores, fazendo com que as relações de mercado saiam fortalecidas em termos qualitativos.

IV – Os planos de saúde

Neste tópico, vale a pena centrar toda a discussão na abordagem progressista na casuística nacional, notadamente em face das decisões do

²⁸² Idem, p.05.

²⁸³ Idem, p.09. Faço outra abordagem deste assunto em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Superior Tribunal de Justiça, para dar conta da complexidade que a matéria apresenta em face de seus impactos econômicos.

A Ministra Nanci Andrichi já teve oportunidade de vaticinar que o plano de assistência à saúde apresenta natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.²⁸⁴

Como característica principal desta relação jurídica, adverte a Ministra Relatora, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de obrigação de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo, no qual os direitos e obrigações decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente. Dessa forma, mês a mês, o consumidor efetua o pagamento das mensalidades para ter acesso à cobertura contratualmente prevista, o que, ao mesmo tempo, lhe assegura o direito de, igualmente mês a mês, ter prestada a assistência à saúde tal como estabelecida no sistema jurídico vigente e no ajuste firmado. Assim, ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, será dada a cobertura nos termos em que contratada. A operadora, por sua vez, a qualquer momento, pode ser acionada, desde que receba mensalmente o valor estipulado na avença.

Por tais razões e perfil, esses tipos de contratos são – inegavelmente – regidos pelo Código de Defesa do Consumidor também²⁸⁵, tendo o destaque, no

²⁸⁴ No REsp 989380 / RN, julgado na Terceira Turma, em 06/11/2008, e publicado no DJe 20/11/2008.

²⁸⁵ É importante destacar isto porque o mesmo Tribunal já teve oportunidade de dizer que o Código de Defesa do Consumidor não retroage para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência. (AgRg no REsp 489.858/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 17.11.2003), enquanto que se aplicam suas normas aos contratos de trato sucessivo, pois aí não se discutem os efeitos presentes e

particular, a variável chamada *catividade* da relação jurídica, ou seja, considerando que a duração prolatada no tempo envolvendo as partes contratuais, em especial para o consumidor destes serviços, gera expectativas no sentido da manutenção do equilíbrio econômico e da qualidade dos serviços. *Esse vínculo de convivência e dependência, movido com a clara finalidade de alcançar segurança e estabilidade, reduz o consumidor a uma posição de “cativo” do fornecedor.* ²⁸⁶ Adverte a Ministra Nanci:

Após anos pagando regularmente sua mensalidade, e cumprindo outros requisitos contratuais, não mais interessa ao consumidor desvencilhar-se do contrato, mas sim de que suas expectativas quanto à qualidade do serviço oferecido, bem como da relação dos custos, sejam mantidas, notadamente quando atinge uma idade em que as preocupações já não mais deveriam açoitá-lo mente. Nessa condição, a única opção conveniente para o consumidor idoso passa a ser a manutenção da relação contratual, para que tenha assegurado seu bem-estar nesse momento da vida. Ele deposita confiança nessa continuidade. ²⁸⁷

O problema aqui – dentre outros – é o que envolve a cogência dos contratos de plano de saúde em que a parte consumidora é anciã, situação que cria, em tese, circunstâncias mais amplas de configuração progressiva de sinistros e moléstias à saúde mais graves, quiçá previstas no plano efetivado.

Muitas vezes, as empresas privadas fornecedoras de serviços desta natureza impõem reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária.

futuros de negócio jurídico que era perfeito sob a égide da lei revogada, mas, sim, as consequências de negócio jurídico renovado sob os auspícios da lei nova. (REsp 331.860/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 05.08.2002).

²⁸⁶ Idem, p.09.

²⁸⁷ Idem. Diz a Ministra que: *Nessa perspectiva, percebe-se que os serviços assumem indiscutível importância na sociedade de consumo em que vive a humanidade no seu atual estágio, pois passam a ser imprescindíveis para a vida e conforto do homem, havendo grande estímulo ao aparecimento do tipo contratual ora em exame, socialmente relevante e merecedor respostas de equitativas do Judiciário quando chamado a decidir frente à nova realidade.*

Ora, se é verdade que o art.15, da 9.656/98, faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, é de se observar que o parágrafo único, do mesmo dispositivo, veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. E por que isso é assim?

Tem-se que ter presente, para a resposta deste interrogante, o que dispõe o art.231, da Carta Política de 1988, quando assevera que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Na mesma direção veio o Estatuto do Idoso, Lei Federal nº10.741, de 01 de outubro de 2003, afigurando-se como verdadeiro instrumento normativo de densificação material do asseverado pelo ditame constitucional.

Essas normativas, em outras palavras, estão buscando efetivar oportunidades e facilidades à preservação da saúde física e mental dos idosos do Brasil, bem como seus aperfeiçoamentos morais, intelectuais, espirituais e sociais, em condições de liberdade e dignidade, determinando que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.²⁸⁸

Também o Estatuto do Idoso, no seu art.9º, prevê que é obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade. Na verdade, essas garantias asseguradas ao idoso perquirem mecanismos e instrumentos concretizadores e cotidianos, a serem

²⁸⁸ Arts.2º e 3º, do Estatuto do Idoso.

implementados tanto pelo Poder Público como pela Sociedade e pelo Mercado, eis que todos englobados pelas disposições normativas referidas.

Por tais razões é que o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente defendido que todas estas normas voltadas aos Idosos do país – impositivas e de ordem pública – mesmo que posteriores à celebração de contratos de trato sucessivo (como os dos planos de saúde), tem aplicação imediata, considerando, pois, que o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência, está sempre amparado à abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária.²⁸⁹

Não há dúvidas que tais intercorrências no âmbito dos contratos já feitos entre as empresas fornecedoras destes produtos e os seus consumidores vão sofrer impactos econômicos na operacionalização de suas obrigações, motivo pelo qual igualmente tem advertido o Superior Tribunal de Justiça que não se pode situar o idoso *à condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública.*²⁹⁰

Da mesma forma a discussão tem se estendido para o tema da cobertura dos planos de saúde, eis que o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que:

²⁸⁹ Ver o REsp 809.329/RJ, da Relatoria da Ministra Nanci Andriighi, junto à Terceira Turma, do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJ de 11/4/2008. Em decisões desta natureza, tem o STJ declarado a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente na mudança de faixa de etária – de 60 e 70 anos respectivamente, de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso, conseqüência do que têm afastado a cobrança diferenciada em razão da idade, com especial atenção ao que dispõe o art. 15, § 3º, do Estatuto sob comento.

²⁹⁰ REsp 989380, citado, p.11.

Deve haver uma distinção entre a patologia alcançada e a terapia. Não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. Além de representar severo risco para a vida do consumidor.²⁹¹

O que não pode se perder de vista, todavia, sob pena de inviabilizar economicamente os serviços de saúde privados e públicos no país é que o contrato de seguro de saúde, como a maior parte dos contratos aleatórios, se assenta sobre a seleção de riscos, sendo que, neste processo, se revela o entrelaçamento de interesses que, em última instância, leva à celebração do contrato. *O segurador busca maximizar as receitas que auferi para administrar o fundo comum que irá cobrir riscos bem delimitados, enquanto o segurado quer se proteger contra o maior número de riscos pelo menor custo possível.*²⁹² Adverte a Ministra Nanci Andrichi, com o que concordo, que se deve admitir, nestes contratos, que a vontade manifestada pelas partes na escolha dos riscos cobertos pela apólice revela o chamado ponto ótimo de equilíbrio contratual, abrindo-se exceções para a revisão judicial destes negócios naquelas circunstâncias específicas em que a autonomia da vontade viu-se maculada, em

²⁹¹ Resp 668.216/SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 02.04.2007, p.447.

²⁹² REsp 1011331 / RJ, Relatora Ministra Nanci Andrichi, junto à Terceira Turma, do STJ, julgado em 17/04/2008, e publicado no DJe 30/04/2008, p.07. A despeito desta realidade fática que caracterizam estes tipos de avenças, mister é que se tenha presente o que dispõe o art.765, do Novo Código Civil brasileiro, ao dispor que o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

face de cláusulas defeituosas, práticas comerciais abusivas e eventual má-fé de um dos contratantes.²⁹³

Já a 4ª Turma do STJ teve oportunidade de declarar nula, em mais um processo semelhante, cláusula contratual dos planos de saúde que limita o tempo de internação em UTI, sem reconhecer, todavia, dever direto de pagar indenização por danos materiais e morais. Na espécie, o feito envolvia pedido de um assegurado do Rio Grande do Sul contra a Unimed Ijuí Cooperativa de Trabalho Médico. Ele buscava a condenação pelo dissabor na cobrança pelos dias de internação da esposa, que faleceu em decorrência de um acidente automobilístico. A paciente ficou internada durante 47 dias e o contrato do plano de saúde previa a permanência do segurado em UTI por apenas 10 dias, período não cumulável ano a ano. O autor da ação recebeu comunicação da seguradora informando o limite do plano de saúde e cobrança do Hospital de Caridade Ijuí com as despesas no valor de pouco mais de R\$ 52.500,00 (cinquenta e dois mil e quinhentos reais).²⁹⁴

O argumento para o pedido de indenização foi o de que o limite do tempo de internação agravou seu estado de espírito, já angustiado pelo sofrimento da companhia. Tanto o juízo singular da Vara Cível da Comarca de Ijuí, como o Tribunal de Justiça do RS entenderam que não era abusiva a cláusula que estipulou o tempo de internação, pois o limite fora previsto em acordo. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, entendeu que a cláusula é abusiva, eis que não há como prever o tempo de cura do paciente e não se pode suspender um tratamento já iniciado.

²⁹³ Atente-se, no particular, para o que disciplina o art.51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:...IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade”; bem como o § 1º, inc. II, do mesmo artigo: “Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:...II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual.

²⁹⁴ RESP nº....

No caso, para o Superior Tribunal de Justiça, a cláusula limitativa restringiu direitos fundamentais do cidadão. O relator do recurso, Ministro Luis Felipe Salomão, esclareceu que não é possível atender o pedido de indenização porque a recusa da empresa de saúde não foi materializada por nenhum ato concreto. A seguradora teria se limitado a prestar informações de que o plano não cobria internações em UTI superiores a 10 dias. Segundo o relator, o autor também não teria experimentado prejuízo pecuniário pela internação, recebendo tão somente uma “cobrança” amigável do hospital.²⁹⁵

Essas e tantas outras questões neste âmbito provocam, por certo, impactos econômicos e sociais nas relações sociais quotidianas do país.

V – O problema dos produtos fumíferos:

O mesmo mercado que constrói realidades fáticas e indutoras de consumo desenfreado, às vezes o faz sem contemporizar interesses públicos indisponíveis, como é o caso da saúde pública (quanto envolve, por exemplo, a degradação do meio ambiente), e mesmo a vida das pessoas que estão submetidas e se submetem às sedutoras e quase irresistíveis – culturalmente – estratégias de marketing que lhes são expostas diariamente.

A despeito dos arts. 36 e 37, do Código de Defesa do Consumidor, traçar parâmetros claros às possibilidades dessas estratégias de publicidade e propaganda, alguns produtos e serviços contam com restrições ainda mais especiais, exatamente em face da proteção que se deve conferir à vida, à saúde e à informação do consumidor, tendo em vista a potencial nocividade de tais bens, o que se aplica, exemplificativamente, pelos termos da Lei nº9.294/1996, que versa sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º, do art. 220, da Constituição Federal.

²⁹⁵ A questão da abusividade do limite de internação em plano de saúde é assunto pacífico no STJ, *ex vi* o disposto na Súmula 302, dizendo que se afigura abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

A referida lei federal, em seu art.2º, já provocou sério impacto na indústria do fumo e mesmo dos fumantes, uma vez que vedou o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente.²⁹⁶

A partir do cotejamento desta legislação têm surgido algumas teses no país sobre um possível direito fundamental de (não) fumar, manifestado no âmbito das liberdades reais, autorizando o Estado a intervir no domínio econômico para restringir os efeitos da publicidade de produtos com tais características sobre os potenciais consumidores.²⁹⁷

De outro lado, a indústria do fumo tem sustentado que o ato de fumar representa um mero hábito e, como tal, advém incondicionalmente de uma opção aberta do próprio fumante, caracterizando-se como ação voluntária. Em face disto, os potenciais e mesmo reais efeitos acarretados àqueles que assim decidiram fumar, jamais poderiam ser impingidos às fornecedoras de cigarros, mas exclusivamente ao próprio consumidor de tabaco, eis que, se ele é vítima de enfermidades oriundas do consumo de fumígenos, tal responsabilidade lhe cabe exclusivamente.²⁹⁸

²⁹⁶ Estendendo tal vedação, a recintos tais como: repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema, aeronaves e veículos de transporte coletivo.

²⁹⁷ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de (não) fumar: uma abordagem humanista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108.

²⁹⁸ Ver a decisão da 5ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Cível n.º 70017634486, tendo por relator o Desembargador Paulo Sérgio Scarparo, em que esta matéria é amplamente discutida. Mas há posições na casuística dando apoio a tese das indústrias do tabaco: *Improcedente a ação de indenização movida por doente de câncer na laringe contra fabricante de cigarros, se o nexo causal entre a doença e o tabagismo, apesar do truismo de que o cigarro provoca tumores malignos, não resta demonstrado, e inexistente prova do consumo exclusivo dos produtos da fabricante. Ressalta-se ainda que o tabagismo não foi imposto ao autor, que aderiu espontaneamente ao vício, não cabendo a alegação de que as advertências quanto aos seus malefícios somente passaram a ser feitas recentemente, porquanto os prejuízos que o*

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgando essa matéria, chegou a afirmar que antes da Constituição Federal de 1988, não havia norma legal sobre o fumo, tema encartado no seu art.220, da nova carta política, remetendo a regulamentação para lei ordinária, que só veio a lume em 1996 (Lei nº9.294). De outro lado, sustentou esta Corte que de longa data são conhecidos os efeitos negativos do hábito de fumar, socialmente aceito e incentivado. De qualquer sorte, a partir destes novos cenários, os fabricantes passaram a divulgar alertas destacando os perigos à saúde, e a propaganda negativa se tornou mais intensa a partir das regras genéricas do código de defesa do consumidor, intensificando-se após a lei específica.

Aduziu o Acórdão que a *industrialização, comercialização e propaganda do tabaco são atividades lícitas e regulamentadas, enquanto que fumar, e manter-se fumante, é escolha pessoal, correndo o interessado os riscos, posto que insistentemente alertado por frenética e permanente campanha contrária*. Com base nesses fundamentos, entendeu por bem aquele Tribunal conhecer da culpa exclusiva do consumidor tabagista pelos eventuais malefícios experimentados, tendo, no caso, incorrido a comprovação efetiva do nexo causal, assim como de utilização exclusiva dos produtos da fabricante do cigarro.²⁹⁹

Conforme Delfino, o livre arbítrio dos consumidores de tabaco nunca esteve de posse do uso razoável de informações e discernimento suficiente sobre todas as variáveis que envolvem a presença do tabaco no organismo humano, exatamente porque as indústrias do ramo sempre ousaram em apologias cinematográficas sobre seus produtos, vinculando-os a situações alheias as suas verdadeiras características. Em outras palavras, o cigarro era ligado ao bem-estar, ao sucesso profissional, à saúde, à sexualidade, à sensualidade, ao

cigarro pode causar são sensitivos, quando não intuitivos. TJSP – 4ª C. Dir. Privado – Ap. 110.454-4/3-00 – Rel. Narciso Orlandi – j. 22.02.2001 – RT 789/220.

²⁹⁹ Acórdão nº 2005.001.40350 – 4ª C.Civ. – Rel. Des. Mário dos Santos Paulo – DJRJ 20.07.2006.

prazer, ao requinte, aos esportes, etc., contratando a indústria do tabaco atores e diretores de cinema para que os seus produtos fossem retratados sempre de forma positiva; financiou esportistas para se deixarem mostrar usando tabaco, com a intenção de garantir imagem socialmente aceitável sobre tais hábitos; contratou cientistas e empresas de relações públicas para combater pesquisas que vinculavam o tabagismo a diversas doenças.³⁰⁰

Rosemberg demonstra em pesquisas sobre a matéria que uma vez instalada a dependência do tabaco, e faltando o aporte de nicotina nos centros nervosos, surgem quadros clínicos de sintomas desagradáveis, denominado "síndrome de abstinência" –, caracterizado por um forte desejo de fumar, ansiedade, inquietação, irritabilidade, distúrbios do sono, dificuldade de concentração, além de outros sintomas, variando tudo isso em face do grau da dependência.³⁰¹

Por parte da doutrina especializada, há quem defenda que para responsabilizar pelos males do fumo ter-se-ia também que fazer o mesmo com relação às bebidas alcoólicas, os dietéticos, os adoçantes, os produtos alimentícios transgênicos, os defensivos para lavoura (defensivos agrícolas) que contaminam os alimentos, todos com suspeita fundada de ter atributos

³⁰⁰ DELFINO, Lúcio. *Jurisprudência e o fumo: Uma guinada em prol dos interesses do fumante*. In <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=29646>, acessado em 12/02/2009. Alerta o autor para o fato de que, além de todas as variáveis referidas, a liberdade de opção do fumante também resta prejudicada depois que ele se torna dependente, sendo que a medicina concebe o tabagismo como sendo uma doença-crônica, e a própria Organização Mundial de Saúde, desde 1992, cataloga o tabagismo na Classificação Internacional de Doenças – Capítulo F12.2, síndrome da tabaco-dependência. Por sua vez, a Associação Americana de Psiquiatria vê a nicotino-dependência como uma desordem mental pelo uso de substância psicoativa.

³⁰¹ ROSEMBERG, José. *Nicotina. Droga universal*. São Paulo: SES/CVE, 2003, p.28. A revista Veja publicou pesquisa dando conta de que, no Brasil, a dependência do tabaco está associada a 90% dos casos de câncer de pulmão, 85% dos óbitos por enfisema pulmonar, 40% dos derrames cerebrais e 25% dos infartos fatais. Reportagem de Karina Pastore e Anna Paula Buchalla. *A Marca da morte nos cigarros*. Revista VEJA, Edição nº1.735 (2002). Disponível no site <http://www.veja.com.br/>.

cancerígenos se ingeridos durante longo tempo e, inclusive, alguns medicamentos.³⁰²

A matéria é tão polêmica e diversificada em termos de entendimento, que há notícias que nos Estados Unidos da América, as primeiras demandas contra as indústrias de cigarros surgiram em 1954, sendo que até o ano de 1992 foram abertos 813 processos contra essas empresas; dos 23 que chegaram a julgamento, só dois deles foram favoráveis, em primeira instância, aos fumantes e, ainda assim, acabaram reformados nos Tribunais Superiores.³⁰³

Em pesquisa feita por Gabriela Invernizzi, no Brasil foram ajuizadas, até 2007, 508 ações indenizatórias dessa natureza contra a empresa Souza Cruz. Nessas ações, foram proferidas 298 decisões rejeitando os pedidos de indenização, havendo 12 decisões pendentes de recurso, em que os fumantes ou suas famílias saíram vitoriosos. As 199 decisões definitivas já proferidas pelo Judiciário afastaram as pretensões indenizatórias.³⁰⁴

Em termos normativos, a publicidade de tabaco, embora materialmente esteja na mesma posição da de bebidas, goza de certa proteção constitucional. Pode ser limitada – mesmo em profundidade, com vedação de utilização de certos veículos, como a televisão, por exemplo – mas não totalmente proibida, ex vi, o já referido art. 220, § 4º, da Constituição Federal.

O mesmo entendimento se extrai da regulamentação trazida pela Lei nº9.294/96, em especial no seu art.3º, e §1º, quando assevera que a propaganda comercial dos produtos tabagistas (dentre outros sobre os quais a lei versa) só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda (**redação dada pela Lei nº 10.167, de**

³⁰² STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.793.

³⁰³ Matéria publicada intitulada *O Cigarro*, no Publifolha, São Paulo, 2001, p. 59.

³⁰⁴ INVERNIZZI, Gabriela. *Substância nociva – Souza Cruz é condenada a indenizar família de fumante*. Revista Consultor Jurídico, 2007. In <http://www.conjur.com.br/>, acessado em 20/11/2009.

27.12.2000), observados os seguintes princípios: (a) não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas; (b) não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar; (c) não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes; (d) não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais (**redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000**); (e) não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo; (f) não incluir a participação de crianças ou adolescentes (**redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000**).

Veja-se que o universo de possibilidades de controles de caráter subjetivo, que se criou para coibir a violação dos ditames legais atinentes à publicidade e propaganda do tabaco, estará submetido à hermenêutica e aplicação judicial – dentre outros, exigindo do Judiciário a ponderação de todos os interesses envolvidos na espécie, sob pena de inviabilizar de vez este segmento de mercado, que emprega milhares de trabalhadores brasileiros e é responsável por uma fatia importante de circulação da riqueza.

Isso se revela tão importante porque a Lei sob comento ainda agudizou mais esta atividade produtiva, ao determinar, em seu art.3º-A, que é vedado, no que tange aos produtos fumígenos (dentre outros): (a) a venda por via postal; (b) a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde; (c) a propaganda por meio eletrônico, inclusive internet; (d) a realização de visita promocional ou distribuição gratuita em estabelecimento de ensino ou local público; (e) o patrocínio de atividade cultural ou esportiva; (f) a propaganda fixa ou móvel em estádio, pista, palco ou local similar; (g) a propaganda indireta contratada, também denominada *merchandising*, nos programas produzidos no país após a publicação desta Lei, em qualquer horário; (h) a comercialização em

estabelecimento de ensino, em estabelecimento de saúde e em órgãos ou entidades da Administração Pública; (i) a venda a menores de dezoito anos.³⁰⁵

Não tenho dúvidas que o uso indiscriminado e sem critérios exógenos voltados à sustentabilidade do mercado tabagista em face da igual sustentabilidade do meio ambiente e da vida das pessoas pode levar a um colapso financeiro enorme de várias regiões do país que ainda dependem fundamentalmente desta cultura produtiva.

³⁰⁵ Veja-se que o art.9º, da Lei, determina a aplicação ao infrator desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações, as seguintes sanções: I – advertência; II – suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, por prazo de até trinta dias; III – obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé; IV – apreensão do produto; V – multa, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aplicada conforme a capacidade econômica do infrator; VI – suspensão da programação da emissora de rádio e televisão, pelo tempo de dez minutos, por cada minuto ou fração de duração da propaganda transmitida em desacordo com esta Lei, observando-se o mesmo horário; VII – no caso de violação do disposto no inciso IX do artigo 3ºA, as sanções previstas na Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo do disposto no art. 243 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. § 1º As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, de acordo com as especificidades do infrator. § 2º Em qualquer caso, a peça publicitária fica definitivamente vetada.

CAPÍTULO SEXTO

ORDEM ECONÔMICA E MEIO AMBIENTE

I – Notas Introdutórias

Pretendo neste tópico abordar o tema da relação entre meio ambiente e ordem econômica no Brasil, notadamente para os fins de estabelecer como isso deve ser levado em consideração na decisão de casos judiciais concretos que envolvam bens e interesses ambientais e econômicos. Para tanto, vou tecer algumas considerações preambulares sobre o tratamento normativo que é dado ao meio ambiente na ordem constitucional e como isso se conecta à ordem econômica, após o que serão constituídas algumas ferramentas argumentativas para auxiliar o deslinde de conflitos que possam se estabelecer no particular.

II – Meio ambiente, ordem econômica e Constituição: prognósticos do sistema jurídico brasileiro orientado pelos Direitos Fundamentais e sua dimensão ambiental

Estou convencido, com outros filósofos e juristas no Ocidente, que há uma relação interna e condicionante – e não simplesmente histórica e contingente associação – entre as normas jurídicas e a democracia (com suas representações institucionais), assim como ocorre com a relação entre as previsões formais de equidade e suas dimensões materiais, caso contrário se esvaziaria o próprio sentido do sistema jurídico como um todo³⁰⁶. Tal relação evidencia-se no âmbito do conceito de lei como resultado de procedimentos que veiculam os interesses sociais pela via da comunicação e interlocução dos sujeitos afetados pela norma, pondo-se como mais democrático aqueles

³⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998, p.47.

procedimentos que mais se aproximam da manifestação da vontade popular direta.

*A legal order is legitimate to the extent that it secures the equally fundamental private and civic autonomy of its citizens; but at the same time it owes its legitimacy to the forms of communication which are essential for this autonomy to express and preserve itself. That is the key to a proceduralist conception of law*³⁰⁷.

Mas como se estabelece a relação entre a manifestação da vontade social em face do sistema jurídico que a regula no dia-a-dia de seu evolover? Dá-se pela via da transmutação desta vontade em códigos normativos constitucionais e infraconstitucionais (tanto princípios como regras). Tais comandos vinculantes estabelecem, em caráter exemplificativo, as possibilidades emancipatórias do convívio social, ratificando suas funções civilizatórias e compromissórias à inclusão dos sujeitos de direitos na ambiência do tecido social.

Estou dizendo que as normas insertas no sistema jurídico vigente, enquanto deontológicas, seja na forma de princípios ou regras, constituem um momento objetificante das normas axiológicas previamente demarcadas pelo processo político e legislativo legítimo da manifestação de vontade da soberania popular, identificando as eleições comunitárias atinentes à vida que desejam

³⁰⁷ Cf. HABERMAS, *Between facts and norms*, op. cit., p. 493. Tal perspectiva se afasta da assertiva de que as teses de Habermas pretendem instituir uma salvaguarda às relações sociais que não é de ordem jurídica, o que implicaria uma autonomia da Sociedade diante do Direito (como quer STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.176, isto porque, na realidade, quaisquer salvaguardas – institucionais ou não – dos sujeitos de direito são trabalhadas pelo filósofo tedesco numa acepção epistemológico-argumentativa, tomando como pressuposto lógico-constitutivo o seu processo/procedimento de construção, bem como a forma de operacionalização individual e coletiva delas, reciprocamente condicionadas pela necessidade de justificação e fundamentação racional-comunicativa. Assim, é óbvio que é a ordem jurídica legitimamente forjada por consensos comunicativos que garante a autonomia não diretamente da sociedade, mas dos sujeitos que a constituem (os quais, por sua vez, ensinam a formatação de um modelo de Sociedade historicamente situada e compromissada, axiológica e deontologicamente).

partilhar, a partir, por óbvio, dos pressupostos mínimos existentes para tanto (constituídos por esta mesma Soberania), a saber: *the basic rights to conditions of live which are socially, technically and ecologically secure to the degree necessary for equal ability to make use of rights*³⁰⁸.

Neste sentido, mister é que se identifique de que maneira tais parâmetros normativos abordam o tema do meio ambiente, objeto deste estudo particular.

De pronto importa referir que qualquer sistema jurídico ocidental pode ser tomado em, pelo menos e preambularmente, duas acepções: a gramatical (em face de seus enunciados que pretensamente estão racionalmente constituídos e concatenados), e a pragmática (enquanto projeção empírica de seus comandos sobre a realidade circundante do cotidiano das pessoas). Daí que se diz que o sistema jurídico é sempre o que ele expressa e a sua *testificação empiriocriticista*³⁰⁹ – haja vista a complexidade do processo relacional que ele mantém com a conjuntura incontável do tempo e do espaço em que opera. Em face disto, pode-se sustentar que as formas de interpretação e aplicação do sistema jurídico assim concebido devem ter presente a criação de condições para que a norma interpretada e aplicada ao caso concreto tenha eficácia (temporal e espacial), sempre no sentido da realização dos elementos axiológicos que o fundaram e que vinculam a todos sob sua égide.

Estou asseverando que de nada adianta a aplicação de norma que venha a ser absolutamente desconectada de uma realidade histórica que não mais comporta aquela interpretação, ou que não leve em conta o universo de variáveis que estão presentes empiricamente no caso. Entretanto, o oposto não pode ocorrer, que seria o intérprete responsável pela aplicação da norma ao

³⁰⁸ Conforme HABERMAS, Jürgen. *Postscript to Between Facts and Norms*. In New York University Law Journal, E. 154. New York University Press, sep. 2004, p. 50.

³⁰⁹ VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p.118.

caso concreto deixar de dar o seu correto direcionamento valorativo, oferecido pela Constituição, especialmente por seus princípios fundamentais.

De outro lado, a noção de sistema jurídico que tomo como base aqui, precisa ser sempre relevada na dicção do que sustentava Savigny³¹⁰, no sentido de permanentemente lembrar a necessária concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito a uma grande unidade ordenadora das relações sociais.

Tal unidade sistêmica tem, por sua vez, à luz do que dispõe Robert Alexy³¹¹, três níveis, que se constituem em: ‘regras’, ‘princípios’ e ‘procedimentos’; fundadas, pois, na idéia da razão prática do direito, passível de controle e constituição dialógica pelos atores atingidos ou envolvidos em qualquer relação intersubjetiva decisional sobre interesses e pretensões, privadas e públicas.

*Hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y con ello – dicho con otra terminología – de valores en el sistema jurídico. En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución.*³¹²

Quando o sistema jurídico brasileiro fala do meio ambiente, o faz pela via de dispositivos de natureza principiológica e regratória, alguns inscritos no art.225, da Constituição Federal de 1988, bem como em outros comandos dispersos tanto na Carta Política como na legislação infraconstitucional, que orientam a interpretação e aplicação da legislação e também da política ambiental, dentre os quais posso destacar os seguintes: o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização, e

³¹⁰ SAVIGNY, Fredrich Carl. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Turim: Daltricce, 1960, pág.118.

³¹¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, pág.174.

³¹² Idem, pág.176.

o princípio da cooperação ou da participação³¹³. Estes princípios, só para dizer o mínimo, estão condensados, ao lado de outros, nas disposições normativas federais, estaduais e municipais brasileiras atinentes à espécie.

Decorre daqui a tese de que a política ambiental não prescinde apenas da atuação do poder público, mas de ações solidariamente responsáveis que envolvam tanto o Estado quanto a coletividade, pois:

*[...] os administradores, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram passam a ocupar a posição de destinatários do dever poder de desenvolver comportamentos positivos, visando àqueles fins. Assim, o traço que distingue a função ambiental pública das demais funções estatais é a não exclusividade do seu exercício pelo Estado.*³¹⁴

De outro lado, qualquer política ambiental tem de levar em conta: 1) a adoção de medidas preventivo-antecipatórias em vez de medidas repressivo-mediadoras; 2) o controle da poluição na fonte, ou seja, na origem (especial e temporal); 3) quanto à polícia do ambiente, esta deve ser exercida no sentido de obrigar o poluidor a corrigir e recuperar o ambiente³¹⁵.

Mas de que meio ambiente trata o sistema jurídico brasileiro? É comum se afirmar que o conceito de meio ambiente nos últimos anos tem obtido ampliação significativa, inclusive em termos de espécies distintas mas integradas, tais como meio ambiente natural e meio ambiente artificial, que, por sua vez, se subdivide em meio ambiente artificial ou urbano, meio ambiente cultural, meio ambiente do trabalho, dentre outras classificações que poderiam ser agregadas. Nesta direção, o meio ambiente artificial diz com a criação humana material e intelectual, o patrimônio histórico e o meio ambiente do trabalho humano – onde são tutelados bens atinentes à saúde e à segurança do

³¹³ Como quer DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonada, 2002, p. 164 e seguintes.

³¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.119.

³¹⁵ CANOTILHO, J. *Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais*. In Boletim da Faculdade de Direito.Coimbra, v. 9, 1993. p. 47.

trabalhador, cabendo ao empregador, – por meio do método preventivo e de maneira objetiva –, arcar com o risco inerente às atividades desenvolvidas pelo empregado.

Já no que tange à relação do meio ambiente com a ordem econômica, importa observar o que está disposto no art.170, da Constituição Federal, modificado pelos termos da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, no sentido de que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o estabelecido no inciso VI, a saber: *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*.³¹⁶

Nada mais coerente do que essa modificação impressa pela Emenda Constitucional referida, em face da prioridade que a ordem econômica dá ao asseguramento a todos de existência digna, o que não existe sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, possibilitando a sadia qualidade de vida de todos.³¹⁷

Por essas razões é que o próprio conceito de dano ambiental também restou ampliado, para atender os multifacetados caracteres do conceito de meio ambiente referidos. Assim é que a doutrina insiste com o fato de que *dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação* –

³¹⁶ Faço uma abordagem ampliada desta discussão em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

³¹⁷ Portanto, destoando da orientação economicista de COASE, Ronald Henry. *The problem of social cost*. In *Journal of Law and Economics*. 3(1), 1. 1960, p.16. para quem, por mais que se fixasse legalmente o direito de um condomínio exigir medidas ambientalistas de uma fábrica que estivesse poluindo o ambiente vivido, se os custos de remoção do condomínio fossem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica deveria pagar aos condôminos para que se mudassem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição.

*alteração adversa ou in pejus – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida.*³¹⁸

De outro lado, os recursos ambientais sob a perspectiva normativa, consoante os termos do art. 3º, inc. V, da Lei Federal nº 6.938/1981, são: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Daí que Paulo Affonso Leme Machado define o dano ambiental como aquele sofrido pelo conjunto do meio natural ou por um de seus componentes, levado em conta como patrimônio coletivo, independentemente de suas repercussões sobre pessoas e bens. É a lesão (alteração, prejuízo de um fator ambiental ou ecológico, ar, água, solo, floresta, clima etc.), que gera uma modificação – para pior – da condição de equilíbrio ecológico do ecossistema local ou abrangente.³¹⁹

Decorre daí as preocupações com a questão, por exemplo, da sustentabilidade, aqui entendida fundamentalmente nas suas dimensões: (a) social, verdadeira finalidade do desenvolvimento; (b) a cultural; (c) do meio ambiente, e a (d) econômica.

Neste particular, é preciso atentar para o fato de que a essas questões estão associadas tantas outras, como a distribuição territorial equilibrada de assentamentos humanos e atividades, afigurando-se a sustentabilidade econômica não como condição prévia para as anteriores, mas variável que tem de ser mensurada contingencialmente tendo em conta as demais sustentabilidades; estão presentes aqui também questões relativas à existência

³¹⁸ MILARÊ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 421-2. Ver também o excelente texto de BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

³¹⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.118. Ver igualmente o trabalho de FREITAS, Vladimir Passos de (org.) *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

ou falta de governabilidade política e a geração de políticas públicas curativas e preventivas das sustentabilidades referidas.³²⁰

Por tais razões que Henrique Leff insiste no fato de que *o princípio de sustentabilidade surge como uma resposta à fratura da razão modernizadora e como uma condição para construir uma nova racionalidade produtiva, fundada no potencial ecológico e em novos sentidos de civilização a partir da diversidade cultural do gênero humano*.³²¹ Da mesma forma o magistrado federal Zenildo Bodnar refere que essa sustentabilidade deve ser entendida como imperativo ético tridimensional: *implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e com os elementos abióticos que lhe dão sustentação*.³²²

Em face desses elementos a doutrina especializada brasileira tem se referido à importância de um outro princípio, o da **precaução**, como um dos principais orientadores das políticas ambientais, além de ser elemento estruturante do direito ambiental.

No Direito Positivo Brasileiro, o Princípio da Precaução tem seu fundamento na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), mais especificadamente no seu artigo 4º, I e IV, que expressa a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização dos recursos naturais, e também introduz a avaliação do impacto ambiental como requisito para a instalação da atividade industrial.

³²⁰ Ver o texto de SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

³²¹ LEFF, Henrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 31.

³²² BODNAR, Zenildo. *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*. P.06. Texto virtual, enviado pelo autor em 15/04/2009. No mesmo texto ainda adverte o autor: *A sustentabilidade deve ser compreendida e operacionalizada numa tríplice dimensão: ecológica, econômica e social. Deve representar não apenas a garantia da manutenção futura dos bens ambientais, mas também a melhora das condições gerais de vida para as futuras gerações. Esta é uma imposição peremptória do princípio da equidade intergeracional*.

A Constituição Federal vigente, da mesma forma, incorporou o Princípio da Precaução em seu artigo 225, § 1º, V, ao asseverar que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações*.

Tais perspectivas estão a impor ao Estado e à coletividade uma nova postura e comportamento em relação às questões ambientais, pois tais princípios exigem que sejam adotadas medidas ambientais que, num primeiro momento, obstem o início de uma atividade potencialmente e/ou lesiva ao meio ambiente, atuando também quando o dano ambiental já está concretizado, para que os efeitos danosos sejam minimizados ou cessados.

Assim, conforme Antunes³²³, a precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo.

Essa nova dimensão do direito ambiental com seus elementos normativos postos tem inaugurado ações administrativas e judiciais preventivas que não se limitam à eliminação dos efeitos lesivos ao meio ambiente, mas antecipam e previnem a ocorrência de uma atividade potencialmente danosa.

Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo assecuramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de

³²³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 79 e seguintes. Da mesma forma MACHADO, Paulo Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 57.

empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. ³²⁴

A partir da idéia de precaução, consagra-se o critério da probabilidade na tomada de decisões que envolvam a questão ambiental, em detrimento do critério da certeza. Ou seja, enquanto que ao demandado incumbe o dever de demonstrar, efetivamente, que a atividade desenvolvida não é lesiva ao meio ambiente, exigindo-se, portanto, certeza absoluta da inofensividade de sua prática, ao demandante cabe demonstrar que há probabilidade da ocorrência do dano.

No manejo deste sistema jurídico, entretanto, importa ter presente alguns critérios de aplicação das normas (regras e princípios), por procedimentos racionais e controláveis, dentre os quais quero destacar o da ponderação dos interesses envolvidos. Tem-se, então, na dicção de Suzana Toledo, que:

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo. ³²⁵

Há uma abordagem interessante neste sentido, e mais estrita, do Virgílio da Silva, no sentido de que a proporcionalidade e a razoabilidade são instrumentos diferentes, seja por sua origem histórica ou modo de operação, e esta diferenciação deve ser levada em consideração, na medida em que a aplicação de um ou de outro método traduzem conseqüências distintas. A regra

³²⁴ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonada, 2002, p.167.

³²⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000, pág. 172.

da proporcionalidade, enquanto desdobramento lógico da estrutura dos direitos fundamentais, deveria ser aplicada de forma estruturada, a partir do exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, em sua visão, ela exigiria um rigor argumentativo muito maior que o da razoabilidade, em que simplesmente se verificaria a compatibilidade entre meios e fins da medida estatal.³²⁶

Virgílio, fazendo uma adequada crítica a determinadas posições do próprio Supremo Tribunal Federal, lembra que a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico e não sistemático. *Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.*³²⁷

É com base neste racionalismo objetivo que Canotilho assevera que *as idéias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (Balancing) surgem em todo o lado onde haja necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos.*³²⁸

Aqui é que o enquadramento sistêmico-constitucional ganha fôlego na solução do caso concreto, mediado pela interpretação do operador do direito, para dar relevo à idéia de que,

³²⁶ In AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. 798, (2002): 23-50; ----- *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1(2003): 607-630.

³²⁷ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. 798, (2002): p.31.

³²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, pág. 1174. Ver também o texto CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

*no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso..... A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.*³²⁹

A partir daqui, quero tratar de dois casos paradigmáticos em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve de enfrentar vários aspectos do meio ambiente e da ordem econômica para solver situações que – aparentemente – poderiam redundar em situações periclitantes a direitos individuais e coletivos.

III – Primeiro Caso

O primeiro caso concreto que submeto à testificação dos argumentos construídos acima envolve Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público, nos autos da Ação Civil Pública proposta contra Município gaúcho e empresa nele estabelecido³³⁰, em face da decisão assim exarada:

Conforme já declarado na decisão de fl.196, mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça (fl.254), “a exigência legal de tratamento dos despejos domésticos parece ter sido cumprida (adoção do sistema de fossa séptica – decreto nº 23.430/74, art. 106) e ainda não há prova do descumprimento das condições previstas no art. 108 do mesmo diploma)”. O ônus da prova, portanto,

³²⁹ Idem, pág.1.179. Na mesma direção ver o texto de BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

³³⁰ No âmbito do Agravo de Instrumento nº70015155823, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de minha relatoria. De igual sorte já abordei este tema com maior aprofundamento teórico no livro LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

incumbe ao autor. Digam o autor e a ré se têm interesse em produzir outras provas, em 05 dias. (...).

Nas suas razões, o agravante argumentou que a ação civil proposta visa à indenização e à obrigação de fazer relativa ao suposto impacto ambiental decorrente da venda das unidades condominiais e, segundo os elementos constantes nos autos da referida ação, o efluente doméstico proveniente do conjunto é depositado diretamente em Arroio que cruza a cidade e de onde se faz a captação para abastecimento da população.

Diga-se de pronto que o ora Agravante já havia postulado, quando da interposição da exordial, liminarmente: (a) a proibição de comercialização das unidades habitacionais, sem que os esgotos produzidos nas futuras construções fossem encaminhados ao tratamento adequado, (b) que a segunda agravada realizasse, as suas expensas, o *recall* das unidades habitacionais no referido condomínio, (c) a fixação de multa de R\$1.000,00 (hum mil reais) por dia de atraso no prazo estabelecido para implementação do *recall* e multa de R\$10.000,00 (dez mil reais), por unidade habitacional comercializada, sem a adoção das providências anteriores.

Tais perquirições foram indeferidas na época e, interposto agravo de instrumento, a decisão foi mantida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que, diante da relevância e complexidade da demanda, se impunha a dilação probatória.

Em novo Agravo de Instrumento, sustentou o cabimento da inversão do ônus da prova, eis que o caso em debate se enquadra no que dispõe o art. 6º, art.12, e seguintes, do Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à responsabilidade dos fatos danosos decorrentes dos produtos ou serviços, bem como nos termos do art. 17, do mesmo diploma legal, uma vez que, para o caso em questão, podem ser considerados como consumidores todas as vítimas de possível evento danoso ao meio ambiente. Destacou que a inversão do ônus da prova deve ser adotado quando há verossimilhança ou hipossuficiência e, na

espécie, a primeira restou demonstrada pelos elementos já constantes nos autos, enquanto que a segunda restou configurada na medida em que, mantida a decisão atacada, não teria o agravante a possibilidade da arcar com os honorários periciais.

Requeru a concessão do efeito suspensivo para determinar a suspensão da instrução processual, a fim de que a instituição autora não restasse submetida a litigar e revelar sua estratégia de posicionamento em situação na qual não lhe foi garantida vantagem processual a que teria direito. No mérito, postulou o provimento do apelo para que fosse determinada a inversão do ônus da prova em face dos fatos a serem provados, a saber: a regularidade do sistema de recepção de esgoto de seu empreendimento imobiliário, bem como que o seu funcionamento não geraria qualquer sorte de degradação ambiental.

O problema central, pois, diz respeito à adequação de sistema de esgoto cloacal de condomínio residencial em comarca do interior do Estado do Rio Grande do Sul, bem como a condenação dos agravados em indenizar os danos ambientais causados. Em face disto, a problemática que surge é em relação às condições e possibilidades de se constituírem os elementos probatórios necessários à verificação da existência ou não de perigo ambiental no empreendimento imobiliário vergastado, e quem deveria produzi-la. Para o enfrentamento de tal questão, importa se fazer algumas considerações.

Registre-se que, desde o informe da Patrulhamento Ambiental (Patran) que trouxe à colação os primeiros dados do ocorrido, o que existe de concreto em termos de potencial lesividade ao meio ambiente é o despejo do esgoto sanitário proveniente de Condomínio Residencial junto ao nominado Arroio Duro, por meio de tubulação sem qualquer tipo de tratamento de dejetos. Há documentos do Município nos autos dando conta de que este Condomínio possui rede de esgoto *servido por tratamento primário com fossa séptica*, sendo este o ***tratamento usual da rede de esgotos públicos em todos os bairros***

da cidade. Por outro lado, é o próprio Ministério Público que constatou, em sua investigação, que *de acordo com o projeto protocolizado na prefeitura, e que foi rigorosamente cumprido, cada apartamento é dotado de uma fossa séptica que recebe toda água utilizada em sanitário, pias e outros. Essa fossa séptica se liga ao coletor público.*³³¹

Assim, até aquele momento processual, não havia sequer indício de qual o impacto ambiental que poderia decorrer daquele despejo noticiado. Todavia, cumpre levar em conta que, consoante informações prestadas pela empresa envolvida e pela municipalidade, não contestadas pelo Ministério Público: (a) não são indicados que recursos hídricos estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, inexistindo projeção quantitativa do dano lá sinalizado; (b) no nominado Arroio Duro deságuam igualmente águas de outros Bairros da cidade; (c) a comunidade não possui rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal, sendo ela mista; (d) o receptor de águas para o fornecimento à comunidade não é atingido em face dos despejos sob comento, eis que o receptor dos recursos hídricos para tal desiderato encontra-se localizado em outro lugar, no alto da barragem do Arroio Duro, vários quilômetros antes e acima da zona urbana; (e) o referido arroio, no trecho em que ocorre colocação dos dejetos, não está em seu estado natural. Há muitos anos, por interesse econômico e para controle das cheias, o Arroio teve seu curso alterado e foi integralmente canalizado. Na zona urbana o Arroio é um canal. Repita-se: com a abertura das comportas as águas ficam totalmente limpas.

Esses fatos trazidos aos autos, melhor cotejados, impuseram um questionamento neural à solução da controvérsia do Agravo: (1) Em nome do princípio da precaução à proteção do meio ambiente ora envolvido, que tipo de elementos probatórios iniciais devem existir a viabilizar a sindicabilidade jurisdicional postulada pelo Ministério Público? (2) Como se podem alcançar

³³¹ Relato do Ministério Público no feito.

níveis maiores de certeza da ameaça ao bem juridicamente tutelado? (3) Que impactos econômicos podem decorrer desta decisão e para o próprio empreendimento e Município? Passo a responder tais questionamentos.

(1) Os elementos necessários à ativação legítima da tutela jurisdicional do Estado no que tange à proteção de bem jurídico fundamental como o meio ambiente é aquele que dá indícios de sua lesão ou ameaça de lesão, consoante preleciona a própria Constituição Federal, nos seus art.5º, XXXVI, art.225, e seguintes, sendo cada caso concreto o responsável pela densificação material de tais possibilidades. De outro lado, este bem jurídico efetivamente se apresenta como relacionado diretamente ao que tem se chamado de interesse difuso ou coletivo, regulado, por exemplo, pelos termos do art.90, do Código de Defesa do Consumidor, e pelo art.21, da Ação Civil Pública.

Inexistindo no sistema jurídico brasileiro, acertadamente, um rol identificador exaustivo daqueles interesses, eles podem ser compreendidos em face das naturezas indivisível e indisponível que possuem, figurando como seus titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato³³², entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso.

Tais elementos e considerações fizeram com que o magistrado de primeiro grau acolhesse a pretensão de aferir as matérias ventiladas na ação civil pública, pois atendidas as configurações delineadas acima.

(2) Para o desenvolvimento regular do feito, no intento de alcançar níveis maiores de certeza sobre as ameaças ao meio ambiente sinalizadas, entendeu por bem o mesmo magistrado a não deferir a inversão do ônus da prova pretendida pelo *Parquet*, o que me parece, no caso, inadequado, a uma, pelos fatos trazidos ao processo por todas as partes, gerando dúvidas sobre, por exemplo: (a) quais os recursos hídricos que estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, considerando que existe o despejo de produtos poluentes no Arroio que abastece de águas a comunidade? (b) o que implica, no

³³² Nos termos do art.81, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.

caso, a comunidade não possuir rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal? (c) afinal, o receptor de águas para o fornecimento à comunidade é ou não atingido em face dos despejos sob comento? (d) o fato de o Arroio Duro ter tido o seu curso alterado e ter sido canalizado, afasta a potencial lesividade ao meio ambiente envolvido?

A duas, porque é do interesse público, da mesma forma indisponível e indivisível, que sejam tais questões, e outras pertinentes à espécie, elucidadas no feito, o que só poderá se dar com elementos probatórios a serem produzidos na instrução. A responsabilidade para fazê-lo, em meu sentir, era dos sujeitos passivos da ação civil pública, até em face da preliminar caracterização de responsabilidade que possuem aqui.

(3) Mas e os impactos econômicos significativos que podem advir deste cenário de inviabilização da iniciativa edilícia que se apresenta no feito? E as pessoas que já adquiriram seus imóveis para neles residir? E a empresa que – empregando muitos – tem que responder não só para com as condições do condomínio, mas também com eventuais indenizações por atrasos de obras e outras medidas de regularidade ambiental/processual? Qual o limite de suportabilidade do meio ambiente e das pessoas envolvidas à solução do caso concreto?

Veja-se que na relação Estado e Sociedade deve-se garantir tanto a liberdade individual do cidadão quanto a integridade do meio ambiente, estabelecendo diretrizes e instrumentos que possibilitem a “apropriação” e a “transformação” da natureza com vistas à sua proteção e manutenção do equilíbrio ecológico³³³. Nesta direção, já a Declaração do Rio de Janeiro adotou, em seu dispositivo nº 16, o Princípio do Poluidor-Pagador, ao afirmar que: *As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de*

³³³ Conforme o trabalho de MIRRA. *Princípios fundamentais do direito ambiental*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo, 1996.

*quem contamina, deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.*³³⁴

No Brasil, a Lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, também adotou o referido princípio ao apontar como uma das finalidades da Política Nacional do Meio Ambiente a imposição ao usuário da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos e da imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Além disso, o Princípio do Poluidor-Pagador fora recepcionado pela Constituição Federal no seu art. 225, parágrafo 3º, que prescreve: *As atividades e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

No plano internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da Recomendação C(72), 128, de 28 de maio de 1972, incorporou formalmente o Princípio do Poluidor-Pagador. Mais tarde, por força do Ato Único Europeu, os ordenamentos jurídicos de todos países da comunidade européia e também o Conselho da Europa aceitaram o Princípio do Poluidor-Pagador³³⁵.

Tendo esse princípio um caráter econômico destacado, porque imputa ao poluidor os custos decorrentes da atividade poluente, para a otimização dos seus resultados positivos na proteção do meio ambiente é preciso que ele seja operado com bom senso econômico, jurídico e político, haja vista que implica

³³⁴ ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 31.

³³⁵ Conforme ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. São Paulo: Coimbra, 1997, p.27. O objetivo do princípio do poluidor pagador é fazer não apenas com que os custos das medidas de proteção do meio ambiente (as externalidades ambientais) – sejam suportados pelos agentes que as originaram, mas também que haja a correção e/ou eliminação das fontes potencialmente poluidoras. Resumidamente, o Princípio do Poluidor-Pagador tem três funções primordiais: a de prevenção, reparação e a de internalização e redistribuição dos custos ambientais.

custos às medidas de prevenção e controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos, e para evitar distorções ao comércio e aos investimentos internacionais.

Quero dizer com isto que, na prática, os custos de controle da poluição que surgem devido à regulamentação ambiental devem ser suportados pelo poluidor e pelo empreendimento poluidor, envolvendo todos aqueles que estão vinculados – direta e indiretamente³³⁶ – a ele, pois a sociedade não deve arcar diretamente e sozinha com as obrigações decorrentes da proteção do ambiente.

Para se aferir tais situações, o sistema jurídico brasileiro, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor em algumas situações como estas que analiso, em que se afigura difícil ao meio ambiente e à Sociedade a prova do fato constitutivo do seu direito, o que é exigido nos termos do art. 333, do CPC, criou a possibilidade da inversão do ônus da prova, notadamente quando presente a verossimilhança das alegações *sub judice*, deixando a critério do juiz exigir que o fornecedor prove o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito que lhe é oposto, mesmo sem que este tenha provado o fato constitutivo conseqüente de forma absoluta.³³⁷

É o próprio Código de Defesa do Consumidor que dispõe sobre a facilitação da defesa dos direitos de que estou tratando, inclusive com a inversão do ônus da prova, a favor do hipossuficiente, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Não se trata, pois, de inversão legal, pois não decorre de

³³⁶ Estou me referindo, no caso, à responsabilidade do Poder Público local, que autorizou a obra, com os seus licenciamentos respectivos, na perspectiva, por certo, de rentabilidades fiscais futuras. Sobre esta perspectiva, ver meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³³⁷ Vai neste sentido o texto de LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.95. Refere o autor que *prevalece no processo civil moderno o princípio geral da verdade formal, o que possibilita ao juiz o poder de proceder a inversão do ônus da prova pela mera constatação de que as alegações do autor possam ser verdadeiras, inclusive no que diz respeito à dificuldade de obtenção de informações técnicas sobre o produto e o serviço fornecidos*.

imposição ditada pela própria lei, mas, sim, fica submetida ao crivo judicial, cabendo ao magistrado, em face das circunstâncias, dizer se é caso de inversão, ou não, do ônus da prova, uma vez analisada a ocorrência daqueles pressupostos³³⁸.

Em face de tais considerações, e concordando com Moraes, parece claro que o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova é aquele que se dá por ocasião do saneamento do processo, quando, inexitosa a conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos da lide, decidindo as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento, ou não, desta inversão (art. 331, § 2º, do CPC), ficando, dessa forma, cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar o que se está perquirindo³³⁹.

Por essas razões, julguei parcialmente procedente o Agravo de Instrumento, para os fins de determinar a inversão do ônus da prova no feito, incumbindo, de forma solidária, ao Município e à Construtora, a responsabilidade pelas provas necessárias à comprovação da regularidade do sistema de recepção do esgoto de seu empreendimento descrito na inicial, e de que ele não gera degradação ambiental comprometedora do meio ambiente.

IV – Segundo Caso

O segundo caso diz com ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o Estado do Rio Grande do Sul e o

³³⁸ Neste sentido, o texto de MORAES, Voltaire de Lima. *Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. In Revista AJURIS, vol.74. Porto Alegre: AJURIS, 1998, p.44. Neste texto, o autor adverte também que a inversão do ônus da prova, com a devida vênia, não deve ser decretada ab initio, quando o Juiz analisa a petição inicial, pois sequer houve manifestação do demandado, não se podendo precisar, inclusive, a dimensão da sua resposta, muito menos os pontos controvertidos. Assim, mostra-se prematura e indevida a decretação da inversão do ônus da prova nessa fase do procedimento.

³³⁹ Idem, p.53.

Consórcio Intermunicipal de Saúde Região Centro do Estado do Rio Grande do Sul, em que visava, com pedido de tutela antecipada, à imediata suspensão do início de qualquer obra de terraplenagem ou construção de unidade de saúde (Hospital Regional – Rede Sarah) no local definido ou nas proximidades do Distrito Industrial de Santa Maria, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A Sra. Juíza de Direito indeferiu a antecipação de tutela, sob os seguintes fundamentos: **(a)** que havia possibilidade de instalação do Hospital na região definida pelo Estado, diante da alteração do Plano Diretor, que desmembrou a área destinada à construção do Distrito Industrial de Santa Maria; **(b)** que inexistia prejuízo pela instalação da unidade de saúde na área, visto que “... *as indústrias localizadas no Distrito Industrial não têm alto poder poluidor, até porque funciona no local uma indústria de alimentos*”, e o fez com base em ofício apresentado pela FEPAM; **(c)** que na ‘Certidão de Aprovação’ expedida pelo órgão ambiental, consta expressamente que a aprovação do projeto deu-se ‘com restrições’, “... *o que evidencia que serão adotadas todas as medidas mencionadas no relatório da FEPAM*”; **(d)** que as indústrias potencialmente poluentes (usina de asfalto e fábrica de baterias), são de pequeno porte, e sua atuação não comprometeria o funcionamento do Hospital, haja vista que essas empresas encontram-se próximas a uma fábrica de massas e biscoitos, “... *sem que haja qualquer reclamação sobre poluição ou sua interferência na qualidade dos gêneros alimentícios produzidos*”; **(e)** que há uma aparente regularidade do projeto, inclusive porque aprovado pelos órgãos ambientais responsáveis; e **(f)** que não havia notícia de que a construção estaria na iminência de iniciar-se, “... *pois tudo o que restou demonstrado é que foi aprovado o Projeto Arquitetônico do hospital, para o qual o Estado disponibilizou recursos financeiros em seu orçamento, não havendo justificativa para o alegado risco na demora*”.

Diante da decisão judicial de primeiro grau, o Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, insistindo com a tese da irregularidade da instalação do hospital no local, em virtude do risco existente de desperdício de recursos públicos, diante da proximidade com empresas que desenvolvem atividades potencialmente poluentes, tratando-se de área recentemente desmembrada do Distrito Industrial de Santa Maria. Argumentou que o laudo elaborado pela fundação pública especializada nestas questões, confirmou a inadequação do local, na forma em que se encontrava, para a instalação de unidade de saúde, o que foi ratificado pelos técnicos da Secretaria Municipal de Gestão Ambiental, e pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil, consoante ampla documentação acostada no feito. Apontou, ainda, malferimento às regras inscritas na Constituição Federal (artigo 170, inciso VI), e no Estatuto das Cidades (especialmente artigos 2º, incisos I, IV, VI, e XIII; e 36 a 38). Por derradeiro, disse que a área escolhida para a instalação do hospital “... é uma das zonas mais problemáticas do Município, em termos ambientais. Por isso, não podem os réus, à revelia do interesse social, decidir pela implantação de um equipamento de saúde que, sabe-se, consumirá mais de R\$ 40 milhões, em local que as manifestações técnicas indicam ser inadequado”, pedindo a concessão da liminar para suspensão do início das obras e, no mérito, o provimento do recurso.

No Tribunal o efeito suspensivo foi deferido, oportunizando-se a manifestação dos agravados.

O Consórcio Intermunicipal de Saúde veio aos autos apresentar contra-razões, suscitando, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido do Ministério Público, haja vista a ausência de prova de que as obras de construção do hospital já tinham iniciado ou estivessem na iminência de começar. Apontou a ausência dos elementos autorizadores da concessão da tutela antecipada, em face da regularidade da obra, inexistindo qualquer óbice à instalação do hospital em área contígua ao Distrito Industrial. Argumentou

quanto à efetiva obtenção de todas as licenças e autorizações para a construção da casa de saúde, inexistindo qualquer oposição da FEPAM para que as obras fossem iniciadas. Postulou, ao final, o desacolhimento do recurso.

O Estado do Rio Grande do Sul de igual forma ofereceu contra-razões, defendendo a regularidade do local escolhido para a instalação do hospital, perquirindo a manutenção da decisão hostilizada.

O Sr. Procurador de Justiça lançou parecer pelo parcial provimento do recurso, mostrando-se irregular a instalação do Hospital Regional nos limites do Distrito Industrial de Santa Maria, todavia, entendeu desnecessária a fixação de multa diária para o caso de descumprimento da ordem judicial neste momento processual.

Diante da complexidade da matéria, tenho que algumas considerações precisam ser esposadas com caráter introdutório de minhas razões na delimitação da perspectiva de solução ao caso.

Cumpre consignar que tanto a propriedade como a cidade, historicamente, variaram conforme as relações sociais e econômicas de cada momento; assim, o grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade e pelo espaço público da cidade derivam do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que tais institutos não têm natureza meramente jurídica, e tampouco podem ser tratados como mônadas no âmbito do tecido social em que se encontram, mas, ao contrário, afiguram-se como verdadeiros fatos/atos jurídicos e sociais, provenientes muito mais de correlações de forças múltiplas – perspectiva fenomenológica – do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo³⁴⁰.

³⁴⁰ Tratei deste assunto no livro LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Em termos de Brasil, festejados doutrinadores do Direito Civil pátrio vêm incorporando, a despeito de que timidamente, esta evolução em suas obras. Veja-se o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

*A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva todavia conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – ius utendi, fruendi e abutendi. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão freqüentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.*³⁴¹

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o uso da propriedade, incidindo, também, sobre o exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade³⁴².

A Constituição brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delineadoras de um conteúdo mínimo à sua função. Desta sorte, tem-se, por exemplo:

(1) A inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III.

³⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.67.

³⁴² Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).

(2) A inserção da função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada.³⁴³

(3) O art. 182 e seguintes da Constituição atual fixam regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art. 184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária³⁴⁴.

Assim é que os limites positivos e negativos do próprio conteúdo do direito de propriedade, e as limitações ao seu exercício, estabelecidas pelo ordenamento jurídico, formam o seu estatuto³⁴⁵, não podendo ser de todo absoluto, eis que tal conteúdo e exercício têm de possibilitar sua coexistência com outros direitos. O poder ou a faculdade do exercício se inscreve, pois, no conteúdo do direito e, se ele é irregular ou danoso, há ilicitude, o que o sistema jurídico não pode aceitar³⁴⁶. Aliás, é o próprio sistema normativo brasileiro que indica alguns parâmetros de irregularidade ou danosidade para o direito de propriedade urbana e seu exercício, ao menos em termos potenciais, a saber, os formados pelos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais³⁴⁷ atinentes à matéria.

³⁴³ Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, entendo que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

³⁴⁴ Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local – art.182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva de solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, § 4º, I, II e III; instituiu o usucapião especial urbano -art. 183 – sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m2; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.

³⁴⁵ Utilizando aqui as palavras de HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1987, p.139.

³⁴⁶ Neste sentido a advertência de GANDOLFO, Orlando Carlos. *Limitações da propriedade*. In Revista dos Tribunais, vol.421. São Paulo: RT, 1970, pg.39/46.

³⁴⁷ Os do Estatuto da Cidade, por exemplo.

Na verdade, tenho que não existe imutabilidade em questão de poderes, de faculdades, em termos de conteúdo e de exercício de direitos – tampouco aos atinentes à propriedade urbana no Brasil. Em decorrência disto, as alterações no estatuto do direito de propriedade, a imposição de novas limitações, o aumentar ou diminuir de seu conteúdo não acarretam, em princípio, ilicitude por si só³⁴⁸.

Todas essas questões atingem diretamente o tema da ordenação do território urbano, principalmente quando se leva em conta que ele é, antes de tudo, propriedade urbana, seja pública ou privada, o que explica a relação umbilical entre esses temas, destacando-se aqui e novamente a ampliação das condições e possibilidades de gestão (vinculada) desta propriedade por parte do Poder Público e o dever de tolerância e suportabilidade por parte da propriedade privada, em nome exatamente da segurança, do bem estar da população e da sustentabilidade do desenvolvimento equilibrado do meio ambiente natural e construído³⁴⁹.

De outro lado, aqueles elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade e da cidade estão prévia e definitivamente conectadas, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

³⁴⁸ Retroagindo à função social da propriedade, essa leva, especificamente, a que o titular seja obrigado a “fazer”, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum. A função social da propriedade corresponde, desta forma, a uma concepção também comissiva do uso da propriedade. Neste sentido, ver o trabalho de DI LORENZO, Italo. *Diritto Urbanistico*. Turim: UTET, 1998, pg.48.

³⁴⁹ Neste sentido o trabalho de LEFÈBVRE, Henry. *The production of space*. London: Blackwell, 1992, pg.34 e seguintes. Ademais, os ditames do art.2º, do Estado da Cidade.

Ao lado dessas questões normativas à espécie, há as políticas e sociais latentes no caso concreto, eis que não se discute o mérito do projeto (a construção de um hospital em região tão carente de serviços de saúde), causa de comoção e mobilização comunitária – como se pôde vislumbrar dos documentos e partes envolvidas –, mas tão somente o *locus* de sua instalação.

A tese provocadora da jurisdição e apresentada pelo Ministério Público é a de que o local definido para a instalação do Hospital Regional (Rede Sarah) é inadequado para tanto, em face dos seguintes fatores:

(a) trata-se de área recentemente desmembrada do Distrito Industrial de Santa Maria, podendo acarretar danos à saúde dos pacientes, em face da exposição à poluição decorrente da atividade industrial;

(b) a Sociedade de Engenharia e Arquitetura de Santa Maria reconheceu a existência de “... *atividades e/ou indústrias (Usina de Asfalto do município e indústria de baterias) que podem ser enquadradas como ‘usos incompatíveis e inconvenientes’*” à unidade de saúde;

(c) de acordo com estudo elaborado por fundação especializada na matéria, a referida área apresenta-se vulnerável à poluição, seja em razão de sua geologia (predominantemente arenosa e permeável), seja porque o solo apresenta acidez e baixa fertilidade natural, possuindo “alta permeabilidade e grande índice de susceptibilidade à erosão” ;

(d) ainda de acordo com esta fundação, há sinais de poluição, decorrentes da presença de lixão nas proximidades e da contaminação dos recursos hídricos com esgotos e lixo urbano e industrial (inclusive com emissão de resíduos sem qualquer tratamento), “... *sendo perceptível um odor muito forte e focos de proliferação de insetos*” (fl. 11);

(e) a Secretaria Municipal de Gestão Ambiental também se manifestou sobre a impossibilidade de instalação do hospital no local definido pelo Estado, apontando, além dos elementos já citados: que o regime de ventos no local não favorece a construção de unidade de saúde, que o solo não se afigura o mais

adequado para a realização de obras de vulto; e que o local é desaconselhado para obras destinadas a intensa ocupação humana, em virtude da poluição;

(f) o Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB-RS), de igual sorte, indicou suas preocupações relativas às consequências nocivas que poderiam decorrer da instalação do hospital no local escolhido, em face dos problemas já apontados;

(g) os órgãos representativos de profissionais da saúde (Sindicato Médico de Santa Maria, Unimed Santa Maria, Conselho Regional de Medicina) apontaram, ainda, a ausência de rede de esgoto tratado, a presença de poluição industrial e o risco de poluição dos aquíferos com os dejetos do hospital, impondo-se a realização de estudos aprofundados para a sua instalação; e

(h) a Associação de Empresas do Distrito Industrial de Santa Maria e o IBAMA manifestaram-se contra a localização da unidade de saúde no local indicado pelo Estado, referindo questões acerca da limitação da atividade industrial e do impacto ambiental na área, decorrentes da interação entre os estabelecimentos instalados no DI e a saúde dos pacientes, impondo-se a realização de estudos aprofundados para aferição da viabilidade da obra.

Todas essas manifestações trazidas aos autos, lidas em face do princípio da participação popular no âmbito da formulação, execução e acompanhamentos de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art.2º, II, do Estatuto da Cidade), corporificam mecanismos de gestão democrática da cidade, estabelecendo verdadeira interlocução jurisdicional à solução do caso concreto.

Aqui, efetivamente, pode-se visualizar a importância do enfoque e contextualização societal do problema sob comento, bem como o universo de intérpretes e concretizadores do plexo normativo cogente brasileiro que se formou, reunindo múltiplas representações legítimas de proteção dos interesses envolvidos. Impõe-se, ainda, verificar as múltiplas variáveis que estão presentes no caso em termos materiais (natureza social do conflito), identificando quem

são os sujeitos conflitantes, a história detalhada e matricial do conflito, bem como suas contingências econômicas, políticas, ambientais e de saúde pública, e em que medida tais elementos atingem os sujeitos conflitantes ou mesmo podem conformar o conflito em si.

Neste sentido, o problema jurídico é sempre um problema prático-normativo³⁵⁰, porque (a) o seu caráter problemático-metodológico específico é regulativo (está alcançado pelo sistema de normas vigentes), com um fundamento axiológico e de realização concreta; e porque (b) esses problemas são de imediata aplicação, no sentido de realização de uma intencionalidade prática, propostos pelo próprio sistema, no âmbito de seus princípios e regras (constitucionais e infraconstitucionais), orientando validamente a práxis comunitária.

De outro lado, os riscos ambientais e de saúde pública que restaram explicitados nos autos chama à colação o dever de precaução protetiva dos interesses públicos indisponíveis que estão sob confronto. Na dicção de Derani, citando Kloespfer, *a política ambiental não se esgota na defesa contra ameaçadores perigos e na correção de danos existentes. Uma política ambiental preventiva reclama que as bases naturais sejam protegidas e utilizadas com cuidado, parciosamente.*³⁵¹

³⁵⁰ NEVES, Castanheira. *Digesta*. 2º volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.110.

³⁵¹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.165. Na verdade, o princípio da precaução vem sendo explorado pela Declaração de Wingspread, de 1970, na Alemanha, da seguinte maneira: *Quando uma atividade representa ameaças de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo se algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidos cientificamente.* Conforme disposto no site www.fgaia.org.br/texts/t-precau, acessado em 08/05/2006. Derani propõe um conceito preliminar deste princípio, conectando-o aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. *Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.*

Por sua vez, as ponderações que levaram a magistrada de primeiro grau a não outorgar a antecipação de tutela (acima elencadas) também se apresentam como substanciais à delimitação da fatispécie debatida.

É do cotejo desses arrazoados que, entendo, precisam ser extraídas as motivações da presente decisão, a uma, porque evidenciados problemas de ordem ambiental e de sustentabilidade da obra pública analisada, em face de sua natureza hospitalar, não espancados de forma convincente, ao menos no âmbito ainda restrito do Agravo de Instrumento; a duas, porque a complexidade da matéria (considerando os interesses jurídicos envolvidos e suas amplitudes sociais), efetivamente está a perquirir mais zelo à cognição aprofundada para decisão final, até porque se pode, eventualmente, criar situações irreversíveis, atingindo de forma violenta os recursos públicos destinados à edificação, bem como o impacto ambiental e de saúde pública já referidos.

Por todas essas razões, decidi pela manutenção da decisão agravada que deferiu o efeito suspensivo pleiteado pelo Ministério Público, mantendo a ordem de suspensão do início das obras de terraplenagem ou de construção do Hospital Regional – Rede Sarah.

Veja-se que, a despeito dessa decisão ter sido proferida em sede de Agravo de Instrumento, passível, pois, de ser reformada em decisão de mérito definitiva no âmbito da ação civil pública que se desenvolve na comarca de origem, ela também gerou alguns comportamentos políticos alternativos na comunidade, em termos de localização matricial da obra pretendida, consoante notícia do jornal Diário de Santa Maria, edição de 21/03/2006. Este veículo deu notícia de que:

Depois de o Tribunal de Justiça do Estado ter suspenso, na semana passada, a construção do hospital regional/Sarah ao lado do Distrito Industrial, começou uma corrida frenética em busca de um novo terreno para a obra. Ontem, depois de uma reunião na Secretaria Estadual da Saúde, na Capital, ficaram definidas as candidaturas de quatro áreas: uma na Zona Leste e três na Zona Oeste. Todas em Santa Maria.

A tarefa de indicar o novo terreno será de uma comissão formada por representantes da prefeitura, do governo do Estado e da Câmara de Vereadores, entre outros. Ela vai avaliar as quatro áreas oferecidas. O trabalho será corrido, pois o resultado tem de ser apresentado em uma nova reunião com o secretário estadual da Saúde, Osmar Terra, na próxima segunda-feira, quando deve ser batido o martelo sobre o novo local (veja quadro).

O presidente do Conselho Regional de Desenvolvimento (Corede/Centro), Antônio Carlos Jordão, visitou no último sábado os quatro terrenos que estão na disputa pelo hospital regional/Sarah. Segundo ele, todos os locais têm chances, mas ainda é muito cedo para dizer qual deles será o escolhido.³⁵²

Isso mostra a importância e pertinência da reflexão ponderada judicialmente, levando em conta o maior número possível de questões que tocam os interesses que estão em jogo na lide.

V – Terceiro Caso

Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal no Estado de Santa Catarina, em 2001, buscava-se a recomposição do meio ambiente degradado em função de construções irregulares realizadas na conhecida Praia Brava, localizada na Cidade de Itajaí, e na nominada Praia dos Amores, localizada no Balneário Camboriú.³⁵³

A intenção de recompor o meio ambiente degradado por anos ininterruptos de ocupação urbana (muitas delas clandestinas e irregulares) dessas localidades pela via judicial da ação civil pública trouxe ao Judiciário um problema que, em face até das situações consolidadas no tempo, é de natureza social e econômica complexas, envolvendo tanto o crescimento material da região como o próprio desenvolvimento social proporcionado pela indústria do turismo, construção civil, serviços, etc. Assim que, à avaliação da matéria,

³⁵² Jornal Diário de Santa Maria, edição de 21/03/2006, p.03.

³⁵³ Autos nº 2001.72.08.000141-4, da 2ª Vara Federal de Itajaí/SC, em que fora dado deferimento parcial da liminar tão somente para proibir novas edificações nestas localidades. Juiz Zenildo Bodnar.

mister é que fossem levadas em consideração as múltiplas e distintas variáveis endo e exo-processuais que envolviam o debate.

As questões endo-processuais que poderiam ser destacadas aqui são as que dizem com a explícita insuficiência de muitos institutos processuais tradicionais para lidar com o tema complexo e multifacetário – além de difuso – que é o meio ambiente. Neste ponto, o magistrado gestor desta ação, em artigo científico já referido, sublinha estas particularidades, ao dizer que

Os institutos da dogmática processual tradicional também precisam de uma revitalização hermenêutica, pois os direitos difusos exigem uma interpretação mais flexível acerca de institutos como: legitimidade, verdade real, contraditório, coisa julgada, adstrição ou congruência, inércia, dentre outros dogmas do processo tradicional arquitetado para a solução dos conflitos individuais.

A legitimidade, tanto ativa como passiva, deve ser vista numa perspectiva ampliada. A coisa julgada deve ter efeitos erga omnes. O juiz deve julgar além do pedido quando outras medidas forem necessárias para a plena proteção do meio ambiente e não pode ser um mero expectador inerte do desenrolar do processo; deve, antes, assumir uma postura ativa na busca da verdade suficiente e da plena realização da justiça.³⁵⁴

Já sob os aspectos exo-processuais, importa ter presente que o universo de abrangência de uma decisão que viesse eventualmente intervir no meio ambiente construído naquelas localidades poderia igualmente impactar todo o seu entorno, inclusive quicá inviabilizando a própria sustentabilidade material da região e de seus habitantes, razão pela qual, tendo-se consciência do que está envolvido, impunha-se a criação de espaços de interlocuções compartilhadas entre todos os potencialmente envolvidos, chamando-os à

³⁵⁴ BODNAR, Zenildo. *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*. P.18. Há também implicações diretas para os âmbitos da ampliação da noção de contraditório, entendido como verdadeiro espaço de diálogos compreensivos voltados para o consenso que não é exclusivamente das partes, mas de um novo sujeito de direito que é o meio ambiente natural e construído, assim como no que diz com a flexibilização do ônus da prova, para igualmente criar múltiplos cenários de instrução capaz de constituir soluções satisfativas para todos – por óbvio que sem descuidar do devido processo legal.

discussão e deliberação pública democrática e legítima, por óbvio que balizada pelo sistema normativo vigente.

Nada mais coerente, diante da perspectiva sustentada anteriormente de co-responsabilidades constitucionais e republicanas à proteção do meio ambiente, envolvendo a comunidade como sujeito de direito difuso e coletivo que é para que contribua no processo decisional dos destinos que se esteja dando a sua história enquanto comuna.

Foi o que fez o magistrado condutor do feito, ao determinar a realização de uma audiência pública para discutir as questões de natureza extra-processuais que, eventualmente, seriam atingidas por decisão judicial. Para tanto determinou que fossem convidadas para esta audiência pública os seguintes agentes: Prefeitos de Itajaí e Balneário Camboriú; Procuradores Gerais dos respectivos Municípios; Presidentes das Câmaras de vereadores; Promotor de Justiça Coordenador de Defesa do Meio Ambiente; Secretários Municipais do Meio Ambiente e Ação Social, ou áreas relacionadas; Deputados da Região; Superintendente do IBAMA; Diretor Geral da FATMA; Comandante da Polícia de Proteção Ambiental; Associação de moradores da Brava e Praia dos Amores; ONG – Voluntários pela verdade Ambiental; Professores e alunos da Universidade local.

Esta verdadeira comunidade aberta de intérpretes e concretizadores do sistema normativo nacional fora chamada para discutir problemas que dizem respeito a sua existência enquanto sociedade, e acolheram o chamado, pois consta que mais de quatrocentas pessoas compareceram no ato, dentre moradores, pescadores, professores, representantes da comunidade, entidades de proteção ao meio ambiente e políticos da região (deputados, prefeitos, vereadores, etc.). Após ampla discussão sobre alternativas de solução à ocupação detrimetosa do meio ambiente natural pelo construído, pela via da persuasão não coitada, mas dialogada, os proprietários dos quiosques – mesmo aqueles que moravam com suas famílias no local –, assumiram o compromisso

de desocupar pacificamente a área de dunas, o que fizeram sem a necessidade de uso da força física legítima do Estado-Juiz.

Por sua vez, o Poder Executivo local, sob o assentimento da população e de suas representações parlamentares presentes, assumiu o compromisso de elaborar e executar um amplo projeto de revitalização ambiental daquelas localidades, em toda a orla marítima, incluindo aí a construção de quiosques fora das áreas de Proteção Ambiental, que viessem garantir o emprego e a renda das pessoas retiradas do local.

Os níveis de satisfatividade neste feito foram duplos, de um lado envolvendo as partes direta e potencialmente atingidas pela lide, eis que cumpriram com o acordado para fins de revitalização das áreas atingidas pela ação civil pública, ao mesmo tempo que encontraram formas alternativas de manutenção de suas atividades cotidianas no âmbito econômico, de lazer, de preservação ambiental, etc., não tendo gerado tal autocomposição nenhum recurso processual. De outro lado, o Poder Judiciário operou como espaço de interlocução jurídica e política à mediação do conflito, com legitimidade soberana, eis que envolveu a própria comunidade interessada no feito.³⁵⁵

VI – Quarto Caso

Ainda no âmbito da Justiça Federal há outra recente decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, publicada em 09/03/2009, condizente a pedido formulado por empresa concessionária de serviço público de energia elétrica para que fosse suspensa a execução de liminar concedida em Medida Cautelar Inominada proferida por magistrado do

³⁵⁵ Como disse o magistrado instrutor da causa, em texto científico referido anteriormente: *A proteção do meio ambiente é um dever fundamental imposto não apenas ao Estado, mas também a todos os cidadãos. Este dever fundamental exige de todos um agir solidário em prol da proteção da natureza, implica também o ônus imposto a todos de participar ativamente das decisões e encaminhamentos relacionados ao interesse geral de um meio ambiente sadio e equilibrado.* BODNAR, Zenildo. *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*. P.13.

primeiro grau que, em síntese, determinava a imediata paralisação de quaisquer atos praticados com base em licença de instalação oportunizadora da construção de Usina Hidrelétrica, eis que esta teria sido outorgada fundada em EIA/RIMA irregular, o qual, por sua vez, autorizara a licença prévia concedida.³⁵⁶

À apreciação da pretensão postulada, a magistrada relatora colacionou um universo significativo de variáveis fáticas que envolviam a *questio*, dentre as quais: (a) que as obras dessa hidrelétrica já haviam sido iniciadas em julho de 2008, envolvendo 575 trabalhadores contratados, e mais de 4.500 postos de trabalhos diretos e indiretos, gerando, em expectativa tributária, aproximadamente R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais), atinentes a ISSQN para os Municípios da região; (b) que o estágio em que se encontrava o canteiro de obras sinalizava potencial riscos de deslizamentos significativos de terras às margens de mananciais hídricos envolvidos na espécie, o que demandaria certamente recomposição de toda a área sob comento, representando duplicidade de trabalho e tempo.

Uma vez demarcados descritivamente os fatos e variáveis atinentes ao caso³⁵⁷, ao menos no despacho da liminar, não houve manifestação da douta Desembargadora Federal sobre quais os elementos identificatórios do alegado dano ambiental sustentado pelo Ministério Público (fator relevantíssimo no

³⁵⁶ Autos do Processo nº2009.04.00.004869-3-PR, Relatora Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb. O argumento fundamental da ação civil pública e do pedido de liminar, pois, fora o de dano ambiental não mensurado adequadamente.

³⁵⁷ Os momentos da descrição de um caso são: **Identificação**: Consiste em agregar o máximo de informações sobre o caso a fim de destacá-lo de seu contexto. Qual a situação fática existente, sem valorar; **Qualificação**: Consiste em aprofundar a identificação ao máximo com elementos de qualidade e quantidade, a fim de subsidiar as análises. Aqui há a valoração qualitativa e quantitativa dos dados colhidos faticamente, sob a perspectiva dos princípios e regras que o informam; **Contextualidade**: Consiste em agregar elementos que ligam o caso ao conjunto da realidade social, mostrando qual o universo de agentes, meios e resultados potencialmente envolvidos na espécie.

caso)³⁵⁸, prejudicando, em meu sentir, o segundo momento do estudo de caso que é o da análise das variáveis e fatores extra-normativos envolvidos em termos de pesos e importância³⁵⁹.

E por que o cotejamento dos danos ambientais investigados na ação civil pública deveria estar presente na avaliação e deliberação judicial neste caso? Porque ele trata exatamente de um interesse e bem da vida indisponível, razão fundante da própria ação judicial, devendo ter presente se o resultado a se chegar deveria atender, ou não, e em que medida, o meio ambiente atingido.

No momento prospectivo da solução – mesmo que precária – do caso, devem ser considerados os seguintes elementos: **Cenários de Enfrentamento**: com base nos elementos agregados anteriormente, trata-se de estabelecer os cenários fáticos e normativos para o enfrentamento da situação, levando em conta, de um lado, quais os efeitos materiais (econômicos, orçamentários, ambientais, etc.) que se pretende dar ao caso, em face dos juízos de valor e jurídicos (constitucional e infraconstitucional) constituídos nas fases anteriores; **Possibilidades de Ação**: delimitados os cenários, é fundamental indicar as possibilidades de ação e solução que deles decorrem, a fim de refinar a perspectiva e subsidiar as possíveis escolhas dos agentes a quem cabe decidir; **Tarefas a Realizar**: depois da opção por um dos cenários é fundamental construir um planejamento de tarefas, acompanhada de um cronograma, com

³⁵⁸ No despacho há referência de que *os fatos invocados para justificar a liminar deferida não levam à qualquer nulidade, pois podem ser sanados e resolvidos sem a paralisação da obra*.

³⁵⁹ As fases deste momento aqui seriam as seguintes: **Análise dos Atores**: levar em conta aspectos dos personagens e de suas posições, motivos, pressupostos, do perfil social, educacional, sexual e formativo de cada um dos atores; **Análise dos meios**: levar em conta questões atinentes à infraestrutura física, orçamentária, logística, de informação e equipamentos, das rotinas e procedimentos envolvidos; **Análise dos fins**: verificar em que medida os meios existentes são aptos aos fins que estão postos, analisando se há coerência e pertinência de comportamentos dos atores e escolha dos meios para que se consiga atingir as finalidades possíveis. Neste ponto é preciso já ter claro quais resultados lícitos que podem advir do caso, e suas implicações jurídicas e extra-jurídicas (econômicas, políticas, sociais, ambientais), utilizando para tanto o manejo holístico e integral do sistema normativo – constitucional e infraconstitucional (principiológico e regratório).

responsabilidades e prazos, a fim de orientar a ação concreta no andamento do que se fará em relação ao caso.

Veja-se que, em face da ausência de avaliação direta do objeto central da ação, não se tem elementos para julgar sobre se a decisão poderia ter estabelecido dissimetria material distinta à continuidade das obras que se buscava suspender, autorizando algumas atividades e não outras, por exemplo, tendo imperado fundamentalmente o raciocínio econômico.

VII – Quinto Caso

Há outra experiência paradigmática da Justiça Federal envolvendo o famoso caso da Usina Hidrelétrica Barra Grande, que abrangeria parte de territórios dos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, e cujo Estudo de Impacto Ambiental, consoante defendido pelos autores da Ação Civil Pública³⁶⁰, seria nulo, uma vez que não previra a derrubada de vegetação primária e secundária em estado de regeneração (envolvendo mata atlântica, com florestas de araucárias e respectiva biodiversidade)³⁶¹.

Ocorre que o magistrado da subseção judiciária de Florianópolis, seção judiciária de Santa Catarina, deferiu liminar para suspender os efeitos da autorização de supressão de vegetação da presidência do IBAMA, ordenando ainda que a autarquia se abstivesse de conceder qualquer outra que viabilizasse o desmatamento da área para constituir a bacia de inundação da referida usina, bem como inocorresse a emissão de licença de sua operação.

³⁶⁰ Estou me referindo aos autos da suspensão de execução de liminar da Ação Civil Pública nº2004.04.01.049432-1/SC, publicado no Diário de Justiça da União de 02/12/2004. Os autos da ACP propriamente ditos levaram o nº2004.72.00.013781-9/SC.

³⁶¹ É interessante notar que há nos próprios autos do processo o reconhecimento de que a floresta atlântica, em razão de suas peculiaridades biológicas, possui o reconhecimento internacional como sendo um dos ecossistemas mais importantes e mais ameaçados do planeta, conforme estudos de MOULIN, Marlúcia Ferraz. *Desmatamento e queimada: estudo de um caso*. In Direitos Metaindividuais. São Paulo: Ltr, 2005. Além disto, atualmente o bioma mata atlântica está reduzido a 7,84% de sua cobertura florestal original, servindo de habitat para mais de 20 mil espécies de plantas, 261 espécies de mamíferos, 620 espécies de pássaros, 260 espécies de anfíbios.

As razões de justificação e fundamentação desta decisão levaram em conta as seguintes questões descritivas, analíticas e prospectivas: (a) que as licenças prévias à construção da hidrelétrica não observaram o chamado plano global relativo à avaliação ambiental integrada dos aproveitamentos hidrelétricos de toda a bacia do rio Uruguai, limitando-se a considerar apenas os impactos e fragilidades das sub-bacias dos rios Ijuí e Butuí-Piratinim-Içamaquã, o que implica juízo de cognição e valoração parcial dos impactos que potencialmente poderiam ser causados à toda a bacia hidrográfica³⁶²; (b) que o próprio termo de ajuste de conduta firmado entre as partes reconheceu a necessidade de se identificar e avaliar os efeitos sinérgicos e cumulativos resultantes dos impactos ocasionados pelo conjunto dos aproveitamentos em planejamento, construção e operação situados em uma mesma bacia hidrográfica; (c) que apesar das obras já terem sido iniciadas, não ocorreria a identificação e avaliação antes referida, inexistindo elementos que demonstrem com segurança quais os verdadeiros impactos, fragilidades e possibilidades de aproveitamento ecologicamente sustentável da bacia hidrográfica do rio Uruguai, inviabilizando a detecção de novos aproveitamentos dos potenciais hidrelétricos na bacia do rio Uruguai; (d) a FEPAM realizou tão somente estudo de impacto e fragilidades ambientais da sub-bacia do rio Ijuí, sendo que sua área de drenagem é de apenas 10.861km², enquanto a bacia do rio Uruguai totaliza 174.612 km², representando a bacia do rio Ijuí o ínfimo universo de 6,22% da bacia do Uruguai. Considerada ainda a sub-bacia do rio Piratinim/Içamaquã – também incluídos no estudo da FEPAM, ter-se-ia uma abrangência do estudo de impacto e fragilidades alcançando percentual de 15,47% da bacia do Uruguai. Assim, estaria a descoberto de estudos envolvendo

³⁶² Refere explicitamente o magistrado prolator da decisão monocrática que: *os impactos ambientais da construção de uma hidrelétrica não se restringem à sub-bacia hidrográfica daquele curso de água que foi interrompido ou daquelas terras adjacentes que serão inundadas. Esse é apenas o nível local do impacto, que deve também ser considerado quanto ao restante da bacia hidrográfica e dos ecossistemas que dependem, direta ou indiretamente, daquele equilíbrio.*

os impactos e fragilidades ambientais mais de 84% da bacia atingida pela obra analisada.

Ponderou a União Federal em seu pedido de suspensão sob comento, dentre outras questões processuais³⁶³, que essa usina se afigurava de alta importância para todo o sistema elétrico interligado nacional, e que já havia sido aportado à obra vultosos valores do orçamento público, estando inclusive as obras em franco estágio de conclusão à época.

A ponderação foi acolhida pelo relator do pedido de suspensão, sustentando, em síntese, que: (a) houve termo de compromisso firmado entre as partes interessadas, firmando obrigações atinentes à preservação ambiental, com medidas mitigadoras e compensatórias do impacto ambiental referido; (b) a construção da hidrelétrica já implicara gastos públicos significativos, e que seu funcionamento se revelava indispensável ao desenvolvimento da ordem econômica, sendo que as medidas compensatórias referidas atenderiam a um projeto de conciliação entre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente.

Não há no despacho analisado, todavia, o cotejamento material do que consistiam aquelas medidas compensatórias e mitigadoras do impacto ambiental a autorizar juízo de convencimento sobre a adequação do termo de compromisso conciliatório entre o desenvolvimento e a proteção ambiental, fragilizando assim os elementos descritivos do caso concreto, o que vai igualmente prejudicar o sopesamento das variáveis e fatores que estavam interagindo na espécie (momento analítico do caso), o que, por fim, compromete a dimensão prospectiva da decisão, deixando de abordar elementos constitutivos do caso indispensáveis à sua adequada aferição.

Somente em sede de Agravo de Instrumento é que os autores da ACP trazem à colação informações que compõem de forma mais abrangente o cenário fático e contextual do entorno das partes envolvidas – notadamente

³⁶³ Que envolviam a questão da competência da jurisdição, se do local do dano (art.2º2, da Lei nº7.347/75), ou do domicílio do réu (art.94, CPC), pautando-se o relator pelo local do dano. Relator do pedido de suspensão o Des. Federal Vladimir Passos de Freitas.

condizentes às partes interessadas na hidrelétrica –, deduzindo, no que interessa a mina análise: (a) que era falso o pressuposto de que houve gastos públicos de monta na construção da hidrelétrica, pois o titular da concessão é empresa privada, cujos acionistas são grandes grupos empresariais, sendo que o único dinheiro público investido foi sob a forma de empréstimo efetuado pelo BNDS à empreendedora; (b) que a obra não objetiva fundamentalmente o fornecimento de energia elétrica aos cidadãos consumidores, mas, mediante créditos de energia no sistema interligado, iria alimentar plantas industriais de empresas de grande parte.

De posse desses dados mais explicitamente postos pelos autores da ACP, somado a novas informações inclusive sobre assassinato de um indivíduo na área sob comento, e ainda ao fato de que não fora contestada pelo IBAMA a alegação de fraude do EIA/RIMA, o que atingiria cerca de mais de 2000 hectares de mata atlântica primária (dado que surge nos autos densificando materialmente o prejuízo ambiental anteriormente posto de forma vaga), fez com que o mesmo relator chegasse a conclusão de que o próprio termo de compromisso à reparação dos danos ambientais referidos fosse ultimado em face de contingências de alta pressão política envolvendo a demanda de energia elétrica para o país.

Convencido, pois, da complexidade que se criara nos autos, houve por bem o relator em chamar uma audiência de tentativa de conciliação entre as partes, usando do processo como espaço de interlocução política e jurídica, para viabilizar entendimentos possíveis em face das variáveis e fatores cotejados, a qual, a despeito de não resultar exitosa, gerou para todos os envolvidos elementos de cognição e reflexão que possibilitaram juízos deliberativos mais consistentes e fundamentados, no sentido de que: (a) a

despeito do prejuízo ambiental referido, há um fato consolidado no tempo³⁶⁴ (uma vez que a liminar de suspensão da obra fora suspensa), no sentido de estar a obra já concluída, representando investimento na órbita de R\$1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais), implicando edificação de 185 metros de altura por 665 metros de comprimento; (b) que houve acordo de compensação das áreas degradadas, razões que o levaram, no mérito do Agravo de Instrumento interposto pelos autores da ACP, a indeferi-lo, com voto vencido de Desembargador que compunha a sessão de julgamento.

Sem sombra de dúvidas que neste feito o tempo de ação e reação dos poderes instituídos que têm a competência para zelar pelo meio ambiente natural e construído depôs contra seus misteres, isto porque os fatos consumados falaram mais alto na decisão judicial, relevando aspectos mais econômicos do que sociais, aceitando a política compensatória sempre deficitária em termos de recomposição do meio ambiente.

No cotejo desses elementos, pode-se ver que há aspectos descritivos e analíticos muito mais favoráveis à biosfera do que ao empreendimento hidrelétrico, ou que ao menos deveriam ensejar maior acuidade na formatação e execução dos termos de compromissos e condutas ambientalmente sustentáveis que se associam a feitos desta espécie, o que tampouco fora ventilado na decisão judicial de segundo grau.

³⁶⁴ Sendo que o contrato de concessão data de maio de 2001, o início da construção em julho do mesmo ano, e o desvio do rio ter ocorrido em outubro de 2002, o que torna inexplicável a ACP ter sido intentada somente em setembro de 2004.

CAPÍTULO SÉTIMO

OS CUSTOS DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

I – Notas Introdutórias

O presente ensaio pretende abordar o tema do direito à saúde como direito social fundamental, e os limites esgotados do modelo estatal de sua prestação, ao menos no âmbito exclusivo da responsabilidade institucional da Fazenda Pública. Para tanto, mister é que se faça uma avaliação da estrutura normativa do direito à saúde no Brasil, a partir de algumas matrizes teóricas da Teoria da Constituição, para em seguida avaliar as condições e possibilidades de ser compartilhado tal direito com outros sujeitos de direito, notadamente os familiares, haja vista o espectro ampliado que se tem hoje do conceito de obrigação alimentar. Neste ponto, impor-se-á o diálogo necessário e construtivo de institutos do direito privado (constitucionalizados) com institutos do direito público (projetados ao âmbito dos direitos subjetivos).

II – A matriz normativa do Direito à Saúde no Brasil: uma perspectiva à luz da Teoria da Constituição

Reiteradamente tenho dito que o tema da saúde pública constitucionalmente vem definido como direito de todos e dever do Estado (aqui entendido em todas as suas dimensões federativas, ou seja, União Federal, Estados Membros, Municípios, etc.) – art.196 –, devendo ser garantida mediante políticas públicas sociais e econômicas comprometidas à redução do risco de enfermidades e de outros agravos³⁶⁵.

O que está em debate aqui, pelos termos do prisma constitucional, é o que posso chamar de uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da

³⁶⁵ LEAL, Rogério Gesta. *A Efetivação do Direito à Saúde – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades*. In *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Vol.6. LEAL, Rogério Gesta & REIS, Jorge Renato dos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p.1525.

vida humana: a saúde. Enquanto princípio fundante de todo o sistema jurídico – a iniciar pelo constitucional –, tenho que a vida humana digna espelha e se vincula ao ideário político, social e jurídico predominante no país, ao mesmo tempo em que, na condição de princípio fundamental, em face de sua característica de aderência, ele opera sobre os comportamentos estatais ou particulares de forma cogente e necessária. Por tais razões tenho sustentado que: (a) todas as normas do sistema jurídico devem ser interpretadas no sentido mais concordante com esse princípio; (b) as normas de direito ordinárias desconformes à constituição e seus princípios fundacionais (dentre os quais destaco o sob comento) não são válidas.³⁶⁶

Justifica-se tal postura em face de que a saúde como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, em verdade, passa a constituir o que chamo de *indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial*³⁶⁷, porque se afigura como uma das condições indispensáveis à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Na verdade, esses postulados estão dispersos ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão vinculados a esses indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido

³⁶⁶ Neste sentido ver o texto de HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, pág.39.

³⁶⁷ Desenvolvo este argumento no livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Sociedade e Administração Pública: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

Se isso é verdade, quero sustentar que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.³⁶⁸

Isso me leva a crer na existência daquilo que vou chamar de políticas públicas constitucionais vinculantes, aqui entendidas como aquelas ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais e à comunidade como um todo como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, haja vista os níveis compartilhados de responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e a cidadania envolvendo a matéria. Considerando ainda crer, no particular, não existirem normas constitucionais despossuídas de concreção no sistema jurídico pátrio³⁶⁹, resulta claro que a responsabilidade de que estou falando é, diferenciadamente, pró-ativa em face daqueles que têm tal responsabilidade, merecendo imediata implementação.

De outro lado, as ações públicas voltadas à densificação material deste direito de todos (saúde) integram um sistema único em todo o país (art.198, CF/88), financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes.

³⁶⁸ Há uma reflexão bastante interessante sobre as incoerências da operacionalidade do sistema capitalista, notadamente em economias demasiadamente dependentes, em UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized*. New York: Verso, 1998.

³⁶⁹ Direção em que caminha a melhor doutrina constitucional do país, *ex vi* o percuciente trabalho de STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

No âmbito do dever público para alcançar os meios necessários à preservação da saúde, o que se tem de ter em conta, a uma, são os critérios utilizados para determinar quem efetivamente necessita do auxílio do Estado para prover suas demandas a este título e quem não precisa, o que de plano se sabe não existir ao menos em *numerus clausulus*, porque impossível a matematização desta questão em face de sua natureza complexa e mutável. A duas, quem é responsável por tal mister. Assim é que cada caso envolvendo prestação de saúde pública submetido ao Estado é merecedor de uma apreciação e ponderação em face de, no mínimo, duas variáveis necessárias: (a) a variável normativa-constitucional e infraconstitucional, enquanto direito fundamental assegurado à sociedade brasileira; (b) a variável responsabilidade institucional e familiar dispostas na estrutura normativa constitucional e infraconstitucional brasileira.

Daí porque aferir, primeiro, a natureza axiológico-constitucional do mandamento normativo sob comento, tendo ciência que ele se dirige a toda a comunidade, e não uma parcela dela (os mais doentes, ou somente aqueles que possuem enfermidades letais, ou somente os que necessitam de farmacológicos curativos, etc.). Em segundo, de que forma o sistema jurídico atribui responsabilidades envolvendo esta matéria.

Significa dizer que, quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, mister é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que acorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de recursos para fazê-lo.³⁷⁰

³⁷⁰ Além disto, é preciso lembrar que *the Courts are not well positioned to oversee the tricky process of efficient resource allocation conducted, with more or less skill, by executive*

Se a Administração Pública não construiu critérios razoáveis e ponderados para escalonar minimamente o atendimento cada vez mais massivo de perquirições envolvendo o oferecimento de medicamentos, internações hospitalares, tratamentos médico-ambulatoriais e cirurgias à população carente, então isso deverá ser feito na esfera da judicialização do debate, ao menos naqueles casos em que a periclitação da vida é tal que se impõe esta intervenção, pois, caso contrário, a satisfação de um problema imediato poderá inviabilizar centenas de outros tão importantes e legítimos quanto este, haja vista que os recursos financeiros e materiais para tanto, é inexorável, são finitos – e ainda sem falar dos demais responsáveis por tal mister.

Para tal raciocínio, estou a utilizar aqui o que Konrad Hesse chama de princípio da concordância prática ou da harmonização, o qual impõe ao intérprete do sistema jurídico que os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto.³⁷¹ Tal princípio parte exatamente da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais; destarte, o resultado do ato interpretativo não pode ser o sacrifício total de uns em detrimento dos outros. Deve-se, na interpretação, procurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionalmente tutelados.

Numa perspectiva integrada do sistema jurídico, estou a dizer, ainda com Hesse, que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se

agencies, nor are they readily able to rectify past misallocations. Judges do not have the proper training to perform such functions and they necessarily operate with inadequate and biased sources of information. ALENIKOFF, T. Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. In Yale Law Journal, n°96, 1987, pp.982..

³⁷¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p.119. Fala o autor, aqui e na verdade, da tese de que, na interpretação constitucional, deve-se dar primazia às soluções ou pontos de vista que, levando em conta os limites e pressupostos do texto constitucional, possibilitem a atualização de suas normas, garantindo-lhes eficácia e permanência constante.

dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política, porquanto essas são as finalidades precípua da Constituição.

A partir de tais considerações é que a matéria vertente precisa ser enfrentada, ponderando os bens jurídicos que estão em jogo e que demandam abordagem à solução do caso: o bem jurídico vida do cidadão, envolvendo a moléstia de que está acomado, correlato ao dever do Estado e da família para com a saúde pública; o bem jurídico saúde pública de toda a Sociedade para com quem este mesmo Estado possui o dever de tutela.

Há que se estabelecer, aqui, um juízo de ponderação destes bens, valores, interesses e competências, para se chegar a alguma conclusão. Para tanto, pretendo me valer de critérios constitucionalmente consagrados para a delimitação dos índices de fundamentalidade desses direitos, a saber, os que densificam o princípio da proporcionalidade dentre eles.

Na dicção de Robert Alexy, o *princípio da proporcionalidade* desdobra-se em três aspectos fundamentais: a) *adequação*; b) *necessidade* (ou *exigibilidade*); c) *proporcionalidade em sentido estrito*. A *adequação* significa que o intérprete deve identificar o meio adequado para a consecução dos objetivos pretendidos. A *necessidade* (ou *exigibilidade*) significa que o meio escolhido não deve exceder os limites indispensáveis à conservação dos fins desejados. A *proporcionalidade em sentido estrito* significa que o meio escolhido, no caso específico, deve se mostrar como o mais vantajoso para a promoção do conjunto de valores, bens e interesses em jogo³⁷².

³⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p.126. Mais adiante, o autor alemão vai fazer questão de frisar que há algumas circunstâncias fáticas que devem informar as possibilidades das ações estatais prestacionais em nível de direitos sociais, como o da saúde, a saber: quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática (lato senso entendida); quando o princípio da separação dos poderes, bem como outros princípios atinentes aos direitos fundamentais de terceiros forem atingidos de forma relativamente diminuta. Op.cit.,p.469. Ver também o excelente trabalho de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Da

A partir de tais elementos de interpretação dos possíveis sentidos e significados do direito à saúde no Brasil, mister é que se perquiria se efetivamente é o Estado o único garantidor/concretizante destas prerrogativas.

É preciso, para tanto, chamar à colação aqui a Teoria da Constituição, para que se possa compreender, por óbvio que a partir de uma eleita matriz teórica fundante, o que implica reconhecer o Direito à Saúde como direito fundamental no sistema jurídico brasileiro. Neste ponto quero afirmar, com Alexy, que tal direito se apresenta com posição de tal modo importante que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada à simples maioria parlamentar contingencial³⁷³. Ademais disto, afigura-se também como uma *posição jurídico-prestacional*, já que envolve ações concretas para viabilizar o acesso e a concretização de seus comandos normativos.

Todavia, na dicção de Canotilho, é preciso sobre tais direitos nos dar conta de que:

*Acrece que o facto de se reconhecer um direito à vida como direito positivo a prestações existenciais mínimas, tendo como destinatário os poderes públicos, não significa impor como o Estado deve, prima facie, densificar este direito. Diferente do que acontece no direito à vida na sua dimensão negativa – não matar –, e na sua dimensão positiva – impedir de matar –, aqui, na segunda dimensão, positiva, existe um relativo espaço de discricionariedade do legislador (dos poderes públicos) quanto à escolha do meio (ou meios) para tornar efectivo o direito à vida na sua dimensão existencial mínima.*³⁷⁴

Adverte o autor português, com acerto, que aquele espaço de discricionariedade não é, todavia, total, haja vista que existem *determinantes constitucionais heterônomas* que estão a vincular os poderes instituídos (como a dignidade da vida humana, por exemplo).

mesma forma ver o conjunto de artigos postos no livro BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁷³ Idem, p.406 e seguintes.

³⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.58.

De qualquer sorte, o Direito à Saúde, enquanto direito fundamental constitucionalizado, dever do Estado, em primeiro plano, que é a todos garantido, configura-se como verdadeiro direito subjetivo, outorgando fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriedade como resultado de uma decisão individual³⁷⁵. Diz-se direito subjetivo *prima facie* pelo fato de que, conforme ainda Canotilho, não é possível resolvê-lo em termos de tudo ou nada³⁷⁶, e também pelo fato de constituírem, numa certa medida e na dicção de Dworkin, direitos abstratos, isto porque representam:

Finalidades políticas generales cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el peso de esa finalidad general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o qué compromisos se han de establecer entre ellas. Los grandes derechos de la retórica política son abstractos en este sentido. Los políticos hablan de derecho a la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad, sin dar a entender que tales

³⁷⁵ Nossos Tribunais ainda não conseguiram uniformidade sobre tal percepção do direito à saúde, todavia, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar que se trata este direito de direito público subjetivo, não podendo ser reduzido à promessa constitucional inconstitucional – Agravo Regimental no RE nº271.286-8/RS. De igual sorte a decisão do Superior Tribunal de Justiça que asseverou que os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais – REsp 836913/RS; Recurso Especial nº2006/0067408-0. 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2007, publicado no Diário de Justiça de 31.05.2007 p. 371.

³⁷⁶ Aduz Canotilho que: *A questão da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), da ponderação necessária a efectuar pelos poderes públicos (Abwägung) relativamente ao modo como garantir, com efectividade, esse direito (optimização das capacidades existentes, alargamento da capacidade, subvenções a estabelecimentos alternativos) conduz-nos a um tipo de direito prima facie a que corresponde, por parte dos poderes públicos, um dever prima facie*. Op.cit.,p.66. Ver neste sentido a reflexão de SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, notadamente na p.304, em que o autor sustenta estar esta reserva do possível parametrizada por três variáveis, a saber: (a) dizendo com a efetiva disponibilidade fática dos recursos à efetivação dos direitos fundamentais; (b) dizendo com a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão à distribuição das receitas e competências federativas (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); (c) dizendo com a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

derechos sean absolutos, y sin aludir tampoco a su incidencia sobre determinadas situaciones sociales complejas. ³⁷⁷

E por que não se pode resolver tal matéria em termos de tudo ou nada? Pelo fato de que ela envolve outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc. Todos estes condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersos em diferentes atores institucionais, com competências e autonomias reguladas também pela Constituição.

Decorre daqui a tese de que a garantia de um padrão mínimo de segurança social não pode afetar de forma substancial outros princípios ou interesses constitucionais igualmente relevantes, assim que, somente quando a garantia material do padrão mínimo em direito social (previamente delimitada como prioritária em termos de sociedade) estiver efetivamente sendo ameaçada no caso concreto, é que se poderá levar a cabo uma necessária ponderação de interesses em face da potencial restrição de bens jurídicos – fundamentais ou não – colidentes com tais demandas ou pretensões. Caso contrário, dever-se-á buscar a plena integração mantenedora da incolumidade normativa e concretização de todos os bens jurídicos tuteladas pelo sistema jurídico.³⁷⁸

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Tomando los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989, p.162. Denomina o autor de direitos concretos *son finalidades políticas definidas con mayor precisión de manera que expresan más claramente el peso que tienen contra otras finalidades en determinadas ocasiones*. Num texto mais recente (DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006), o autor americano ratifica esta sua assertiva.

³⁷⁸ Ver o texto de SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op.cit.,p.371, oportunidade em que adverte acertadamente o autor que, *com isso, traçou-se um claro limite ao reconhecimento de direitos originários a prestações sociais, de tal sorte que, mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo (no qual a perda absoluta da funcionalidade do direito fundamental está em jogo), o sacrifício de outros direitos não parece ser tolerável*.

Ocorre que, como referiu o Superior Tribunal de Justiça no Brasil, a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, *de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.*³⁷⁹

Vale aqui a advertência de Mario Jori, no sentido de que qui il problema non è solamente la mancanza di una sufficiente specificazione legislativa o la mancanza della norma che istituisca il tribunale competente, visto correttamente dalla teoria di Ferrajoli come la presenza di una lacuna giuridica, ma la mancanza di strutture materiali e organizzative che possano implementare il diritto.³⁸⁰

É por esta razão que doutrinadores como Ingo Sarlet são incisivos ao afirmar que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a questão da limitação dos recursos

³⁷⁹ É bem verdade que, nesta mesma decisão, manifestou-se o STJ no sentido de reconhecer que *não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.* REsp 811608/RS; Recurso Especial nº2006/0012352-8. 1ª Turma, Relator Min. Luis Fux, julgado em 15/05/2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314.

³⁸⁰ JORI, Mario. *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*. In FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008, p.80. Adverte o autor em seguida que a perspectiva ferrajoliana trabalha com uma noção de *garanzie sostanziali: ciò che manca in questi casi nell'ordinamento giuridico sono norme atte a risolvere efficacemente questo tipo di problemi materiali*.

constitui certo obstáculo fático à efetivação desses direitos. De outro lado, o Estado também deve ter a capacidade de dispor destes recursos para o cumprimento daqueles direitos.³⁸¹

O problema é que, historicamente, no Brasil, até em face das particularidades de exclusão social, miserabilidade e fragilização de sua cidadania, o Estado fora chamando para si, de forma concentrada, um universo de atribuições com caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo ações públicas de sobrevivência social no âmbito notadamente da saúde, com poucas políticas preventivas, educativas e de co-gestão com a sociedade dos desafios daqui decorrentes, induzindo a comunidade a uma postura letárgica e de simples consumidora do que lhe era graciosamente apresentado, sem nenhuma reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passava e ainda vive.

O cenário hoje é, todavia, diferente, a uma, pelos níveis de inclusão social construídos no país nos últimos 15 (quinze) anos, propiciando cenários materiais e formais de maior participação da cidadania na gestão de seu cotidiano; a duas, em face do processo descentralizador da governança institucional que nestes últimos tempos vem ocorrendo, ensejando a abertura gradativa dos poderes instituídos e da administração pública dos interesses coletivos.³⁸²

³⁸¹ SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op.cit, p.303. Mais tarde, vai afirmar Ingo que: *o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde.* (p.347 – da mesma forma na p.376). Na mesma direção ver o texto de BOYNTON, Brian. *Democracy and distrust after twenty years: Ely's process theory and constitutional law from 1990 to 2000*. Stanford: Stanford University Press, 2005, p.51 e seguintes.

³⁸² Trato disto em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Talvez se possa dizer que, em verdade, é toda uma concepção de Estado que entra em mutação a partir daquele período histórico, caracterizado por seus matizes mais sociais e compromissados com o restabelecimento de equilíbrios necessários em face das diferenças gritantes e desestabilizadoras de uma ordem mínima de civilidade. Isto não implica um único modelo

Mesmo em tal quadro, a relação Estado x Sociedade é ainda marcada significativamente por graus de dependência hierárquica e alienada da segunda para com o primeiro, provocando o que Canotilho chama de *introversão estatal da socialidade*, ou seja:

*1. os direitos sociais implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlativas ao objeto destes direitos; 2. os direitos sociais postulam esquemas de unilateralidade, sendo que o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos; 3. os direitos sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve na burocracia prestacional a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da troca.*³⁸³

Sustenta o autor, e com ele concordo, que é tempo já de se descobrir os contornos da reciprocidade concreta e do balanceamento dos direitos sociais, até porque estes direitos envolvem patrimônio de todos quando de sua operacionalidade e concreção, e já que a todos são dirigidos tais prerrogativas, deve-se perquirir sobre a quota parte de cada um neste mister, sob pena de constituirmos o que o jurista lusitano denomina de uma *aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais*, ou seja, confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através de procedimentos hermenêuticos, deduzir a afetividade dos mesmos direitos, produzindo resultados pouco razoáveis e racionais.

Quero dizer que é preciso levar em conta que todo e qualquer exercício de direito social como a saúde, em tese, custa dinheiro – e não é pouco em

de Estado Social, mas vários, eis que se formam ora com viés mais paternalista e assistencialista (tal qual o modelo de Estado Getulista no Brasil), ora com feições mais curativas e compensatórias (tal qual o *Welfare State* e o *L'État d'Providence*), ora com natureza de classe social (tal qual o Estado Soviético). Ver também o texto LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, e também o texto de SANDULLI, Armando Mantinni. *Stato di Diritto e Stato Sociale*. Napoli: Giappichelli, 2004.

³⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Op.cit.,p.102.

nenhuma parte do mundo. Assim é que Peter Häberle, na primeira metade da década de 1970, já formulava a idéia da reserva das caixas financeiras para o atendimento de direitos sociais prestacionais, para exatamente evidenciar o fato de que estes direitos estão também vinculados às reservas financeiras do Estado, na medida em que deveriam ser custeados pelo Erário.³⁸⁴

Com base neste raciocínio que o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada em Recurso Extraordinário³⁸⁵, relativo ao fornecimento de medicamento de alto custo a paciente do Estado do Rio Grande do Norte, às expensas daquele Estado, questionando se a situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença, razão pela qual destacava a necessidade do pronunciamento do Supremo em relação aos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198 da Constituição Federal, revelando o alcance do texto constitucional.

É claro que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isso estarão sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais neste sentido, devendo inclusive ser aprimorados os parâmetros,

³⁸⁴ HÄBERLE, Peter. *Grundrecht im Leistungsstaat*. In VVDSTRL, 30 (1972). Neste ponto concorda Canotilho, quando assevera que: *Parece inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela gradualidade da realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; (4) pela insusceptibilidade de controlo jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis. Reconhecer estes aspectos não significa a aceitação acrítica de alguns dogmas contra os direitos sociais*. Op. Cit., p.108. Ver o texto de GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Jûris, 2005.

³⁸⁵ Recurso Extraordinário n. 566.471-6, originário do Estado do Rio Grande do Norte.

variáveis, fundamentos e a própria dossimetria concretizante do direito em xeque.

Não se afigura simples, pois, trazer-se à colação argumentos do tipo *princípio da não reversibilidade das prestações sociais*, ou o *princípio da proibição da evolução reacionária*, como fórmulas retóricas e mágicas para poder garantir, a qualquer preço – que nem se sabe o qual –, tudo o que for postulado por segmentos da comunidade (indivíduos) em termos de saúde, pelo simples fato de que o Estado está obrigado a tanto, isto porque *o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social*.³⁸⁶

É verdade que este estado de coisas tem como um dos fundamentos o fato de que o catálogo de direitos econômicos, sociais, e culturais, forjado nos dois pós-guerras do século XX, compromissados com a reconstrução do próprio tecido social, elevou à máxima exaustão as expectativas de poder e ação dos poderes instituídos em prol de tais demandas, acreditando que poderiam dar concreção a tudo isso sozinhos, causando o que Arthur chama de vitimização do Estado por seu próprio sucesso.³⁸⁷

Todas essas crises identificadas, ainda no plano do diagnóstico, não me fazem propugnar pela descrença total no Estado como espaço público de

³⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Op.cit.,p.112. Ver no Brasil, uma boa abordagem do tema em DERBLI, Felipe. *Proibição de Retrocesso Social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988*. In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.433 e seguintes.

³⁸⁷ ARTHUR, John. *The unfinished Constitution: philosophy and constitutional practice*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1989, p.118 e seguintes. Com base nesta crítica, adverte o autor que uma cidadania social se conquista não através da estatização da socialidade, mas através da civilização da política (*a social citizenship is not conquered through the nationalization of the sociality, but through the civilization of the politics*). Ao lado disto, para não conhecer de sua ineficiência ou fracasso, o Estado prefere, em algumas oportunidades, negar a existência de inúmeras tensões sociais que se avolumam sem respostas satisfativas, ou ainda, lança-las à clandestinidade ou ilicitude, tratando-as como anomalias comportamentais que precisam ser severamente coagidas, tais como os movimentos dos sem-terra, dos sem-teto, a questão dos parcelamentos clandestinos do solo urbano, a violência generalizada, a prostituição, o narcotráfico, etc..

gestão de interesses coletivos, mas tão somente no Estado enquanto instituição tradicional, concebido a partir e exclusivamente de seu *locus* insulado e tecnoburocrático de fala oficial, unilateral e arbitrariamente imposto a uma cidadania ainda mais expectadora dos acontecimentos.

Mas então, qual a saída para um cenário como este em que as forças prestacionais do Estado de Bem Estar se esmorecem em face de crises globais de recursos naturais e econômicos (ora concentrados demasiadamente, ora fragilizados demasiadamente)?

Concordando com Sunstein, tenho que *the mainly issues here involve the matter of the competence limits of the State in front of the rights, and if that State could involve itself in privates relations, as well as which the limits of that State performance*,³⁸⁸ e tais questões precisam ser bem apreendidas, sob pena de se inviabilizar de vez quaisquer políticas públicas de gerenciamento de demandas sociais coletivas.

Em decisão de primeiro grau já do ano de 2006, a 5ª Vara Federal de Curitiba³⁸⁹, analisando postulação de medicamento para o tratamento de Hepatite C, aviado em sede de Ação Civil Pública, para atendimento de demanda individual e a todos os pacientes que, no curso da ação, comprovarem a necessidade do uso do referido remédio, resolveu por bem trazer à colação do caso a análise de uma série de variáveis constitutivas da espécie que interagem no tratamento da patologia referida, e que, por essa razão, precisam ser levadas em consideração pelo aplicador da Lei, a saber: Idade (de 18 a 40 anos), Gênero, Raça, Peso, Anticorpos antiinterferon, Hábitos (álcool, drogas), Adesão, Grau de fibrose/cirrose, Manifestações extra-hepáticas, Não resposta a tratamento

³⁸⁸ SUNSTEIN, C. & HOLMES, S. *The Cost of Rights: why liberties depends on taxes*. New York: Macmilann, 2004, p.90. Ver igualmente o texto de BEN-DOR, Oren. *Constitutional Limits and the Public Sphere*. Oxford: Hart Publishing, 2007, em especial a partir da p.95 (*The role of the People in determining Constitutional Limits*).

³⁸⁹ Autos do processo nº2006.70.00.000547-6, Dra. Cláudia Cristina Cristofani, juíza federal prolatora da decisão, em 21/02/2006.

anterior, ALT normal e lesão hepática leve, Diversidade e número de quasispécies, Genótipo (1/não-1), Hepatopatia avançada, etc.

O cotejo dessas variáveis, mensurado por laudos periciais competentes, ao lado das dúvidas igualmente científicas sobre o êxito do medicamento de alto custo postulado pela ação civil pública (interferon perguilado), impõe ao Estado-Juiz ponderações formais e materiais não sobre o custo-benefício do tratamento a quem pede, mas a eficácia social do atendimento de alguns postulantes em face do universo em que se encontra a matéria debatida.

No âmbito da decisão judicial, vieram à colação os seguintes argumentos ponderativos importantes de destacar:

Além disso, para aferição do custo-efetividade positivo, adotou-se a perspectiva do sistema de saúde privado brasileiro ambientado em 2005, utilizado o valor genérico padrão estipulado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), ou seja, três vezes o valor do PIB per capita como limite de custo/efetividade/utilidade. Reconhecem os autores que não há definição, para o Brasil, de faixa de custo-utilidade marginal considerada ideal para aceitação de uma intervenção de saúde.

A efetividade foi mensurada em termos de anos de vida ganhos (LYG) e anos de vida ajustados pela qualidade.

*O estudo, repita-se, considera que o tratamento proposto na inicial é custo-efetivo para o ambiente de **saúde privada brasileira** em 2005, aos portadores com hepatite C crônica **virgens de tratamento**, com base em faixa de custo-utilidade marginal fixada **genericamente** pela OMS (e não especificamente para a rede pública de saúde do Brasil).*

*Não há estudo que valide o custo-efetividade para tratamento, pela rede pública, de **todos** os portadores de Hepatite C para fins de **retratamento** – ainda mais sem estabelecimento de protocolo, com avaliação dos múltiplos fatores relacionados à terapia, ao paciente, à doença, ao VHC, para discriminação criteriosa dos pacientes potencialmente respondedores dos não-respondedores.*

*Somente a título de exemplo: segundo as pesquisas, **apenas 6%** de pacientes **afro-descendentes** obtêm resposta viral sustentada em **retratamento** com peginterferon e ribavirin. Eventual uso de álcool poderá reduzir ainda mais tal prognóstico, e a má adesão ao tratamento poderá nulificá-lo.*

O estudo mencionado demonstra que o problema abordado pela inicial é de gestão complexa, demandando estudos mais aprofundados, mediante

utilização de categorias técnicas, não estando reduzido à mera enunciação do (supostamente ilimitado e incondicional) direito à saúde.

Com base em tais argumentos, concluiu a jurisdição de primeiro grau que melhores investigações deveriam ser feitas em nível de perícias médicas competentes.

III – Possibilidades de compartilhamento familiar do dever de sustento à saúde

No momento em que a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art.196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, não há como negar que tal dever é relacional e condicionado à garantia de acesso universal e igualitário (a todos) das ações consectárias nesta direção. Isso significa, salvo melhor juízo, que qualquer política pública, ou ação preventiva e curativa, necessitam levar em conta a demanda global que envolve tais interesses, sob pena de atender uns e desatender muitos.

Daí que proponho uma leitura mais integrada deste dever estatal para com o universo que ele alcança, ou seja, direito social da população como um todo que envolve, inclusive, co-responsabilidades societais importantes (constitucionais e infraconstitucionais). Estou falando, por exemplo: (a) do dever da família (da Sociedade e do Estado) em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, **à saúde**, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão³⁹⁰; (b) os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos

³⁹⁰ Art. 227, da Constituição Federal de 1988.

maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, **carência ou enfermidade**³⁹¹; (c) a família (a Sociedade e o Estado) tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o **direito à vida**³⁹².

Com tal perspectiva já se pôde asseverar que a prestação alimentar não deva subsistir até os 21 anos, mas estender-se, com base no princípio da solidariedade familiar, além da maioridade³⁹³. Como o Novo Código Civil Brasileiro reduziu para dezoito anos o começo da maioridade, com maior razão este entendimento se justifica.³⁹⁴

Mesmo no plano da infraconstitucionalidade, temos como deveres familiares (notadamente entre os cônjuges), dentre outros, a mútua assistência e o sustento dos filhos, sendo que eles são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família, qualquer que seja o regime patrimonial³⁹⁵. Ao lado disso, ainda é de se ressaltar que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros, pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição

³⁹¹ Art. 229, da Constituição Federal de 1988.

³⁹² Art. 230, da Constituição Federal de 1988.

³⁹³ In RT, 698/156; 727/262.

³⁹⁴ Neste sentido, ver o texto de SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Os alimentos no novo Código Civil*. In Revista Brasileira de Direito de Família nº 16 – JAN-FEV-MAR/2003, pág. 12. Neste texto, o autor lembra que *a extensão e a característica da reciprocidade da obrigação alimentar encontram-se previstas nos arts. 1.696 e 1.697, que repetem,ipsis litteris, o que já dispunham os arts. 397 e 398, do Código de 1916. Assim, a obrigação alimentar, pela ordem, fica limitada, em primeiro lugar, aos ascendentes, depois aos descendentes e, por fim, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (art. 1.697). Observe-se que na linha reta, seja ascendente ou descendente, não há limitação de grau, ao passo que na colateral resta limitada ao grau mais próximo (irmão). Em cada linha, sempre os mais próximos em grau devem ser chamados em primeiro lugar, sendo a obrigação alimentar dos parentes mais remotos subsidiária e complementar. Isto é, vem depois da dos mais próximos e limita-se a completar o valor que por estes possa ser prestado.*

³⁹⁵ Consoante as disposições dos arts. 1566 e 1568, ambos do novo Código Civil Brasileiro. Ver o texto de OLIVEIRA, José Lamartine e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

social, nos termos do art.1.694, do novo Código Civil Brasileiro³⁹⁶. Veja-se que, quando faltam neste dever, os familiares podem ser enquadrados inclusive nas disposições do art.244, do Código Penal, que disciplina:

*Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.*³⁹⁷

Mesmo nas situações em que as famílias se desconstituem, fenômeno acelerado em nossa época, a legislação infraconstitucional confirma o disposto no Texto Político de 1988, ao assegurar que o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar, sendo que para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos. Para assegurar o pagamento da pensão alimentícia, o juiz poderá ainda determinar a constituição de garantia real ou fidejussória, ou mesmo que a pensão consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor. Ainda, a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor.³⁹⁸

Dentre outras questões que poderiam causar espécie nesta reflexão, quero destacar a que diz com a ampliação cada vez maior do conceito de obrigação alimentar e seus liames de responsabilidade parental.

³⁹⁶ Uma discussão mais ampla desta perspectiva pode ser encontrada em: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 365; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2002, p. 427; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002, p. 139.

³⁹⁷ Redação dada pela Lei nº 10.741, de 01.10.2003, DOU de 03.10.2003, com efeitos a partir de 90 dias da publicação. A pena prevista aqui é detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País, consoante a redação dada pela Lei nº 5.478, de 25.07.1968.

³⁹⁸ Consoante disposições dos arts.19, 20, 21 e 23, da Lei nº 6.515/77.

De certa forma a doutrina e jurisprudência brasileiras têm operado muito bem na direção de demarcar um conceito de alimentos conforme à Constituição, ou seja, atenta para o fato de que *o direito a alimentos deve corresponder não somente ao indispensável para a subsistência, mas também ao que for necessário para o alimentando viver de modo compatível com sua condição social*.³⁹⁹

Mesmo na processualística a definição dos contornos conceituais de alimentos vem sofrendo profunda ampliação, exatamente para cumprir com que designa a norma civil (art.1.694, e seguintes, do NCCB), no sentido de que sejam fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, conforme disciplina Talamini: *O sentido constitucional de ‘alimentos’, portanto, vai necessariamente além do direito de família: abrange indenizações, pensões, salários e outras verbas – desde que essencialmente destinadas ao sustento do titular do crédito*.⁴⁰⁰

Por esta razão é que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já teve oportunidade de asseverar que *deve a obrigação alimentar ser fixada de modo a incluir, também, valores gastos pela alimentada com saúde, não se mostrando possível a escolha do plano de saúde que será pago pelo alimentante,*

³⁹⁹ TJPE – AgRg 93939-5/01 – Rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo – DJPE 29.10.2003. Na mesma direção os trabalhos clássicos de GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951, p. 1.287; BORDA, Guilherme A. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 403. De igual forma as decisões jurisprudenciais antigas e recentes no país: RE 102877, STF, 2ª T., Rel. Min. DJACI FALCÃO, J. 14.09.1984; REsp 184807/SP, STJ, 4ª T., Rel. Min. BARROS MONTEIRO, J. 24.09.2001.

⁴⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. *Prisão Civil e Penal e ‘Execução Indireta’ – A Garantia do Art. 5º, LXVII, da Constituição Federal*. In Revista de Processo, São Paulo, 23(92)37-51, out./dez. 1998. Nesta direção reforça SPENGLER, Marion. Fabiana. *Alimentos – da ação à execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, que quando se discute a verba alimentar, é sempre imprescindível atentar para o fato de que não se trata de uma obrigação simples, mas uma obrigação com peculiaridades, pois diz respeito à manutenção do ser humano.

*bem como devendo ser retirada a condenação do alimentante ao pagamento de multa pela sua não inclusão em referido plano.*⁴⁰¹

Nos termos da responsabilidade dos avós paternos ou maternos, a jurisprudência é iterativa no sentido de que a obrigação alimentar (1.696, do CCB), somente se justifica se restar comprovado que os genitores não possuem condições financeiras de suprir as necessidades do alimentando, dada a natureza subsidiária e complementar de tal obrigação. Vale dizer, o ordenamento jurídico pátrio impõe aos parentes o encargo alimentar de forma supletiva, uma vez esgotada a possibilidade dos principais obrigados em prestá-los.

Para facilitar o cumprimento de tais obrigações alimentares, o Código Civil Brasileiro de 2002 reitera o princípio da divisibilidade da obrigação alimentar, carreando a cada devedor, de mesmo grau de parentesco, a responsabilidade pelo pagamento de sua quota-parte da dívida, que será fixada previamente, segundo as suas possibilidades financeiras (art. 1.698).

Sequer a maioria do alimentando, repito, tem sido razão de afastamento do dever alimentar, eis que

*O instituto dos alimentos entre parentes compreende a prestação do que é necessário à educação independentemente da condição de menoridade, como princípio de solidariedade familiar. Pacificou-se na jurisprudência o princípio de que a cessação da menoridade não é causa excludente do dever alimentar. Com a maioria, embora cesse o dever de sustento dos pais para com os filhos, pela extinção do poder familiar (art. 1.635, III), persiste a obrigação alimentar se comprovado que os filhos não têm meios próprios de subsistência e necessitam de recursos para a educação.*⁴⁰²

Em face disto, se se toma que o dever alimentar não é solidário, mas divisível, em caso de ação judicial para concretizá-lo, a ação deve, em tese, ser proposta contra todos os co-responsáveis, visando, com isso, a delimitar a

⁴⁰¹ Apelação Cível Nº 70007665268, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 20/05/2004.

⁴⁰² Comentário ao art. 1.694, do Novo Código Civil, feito por TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. In *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1503.

parcela de responsabilidade de cada qual na dívida. Diz a doutrina especializada que, em tese, a ação deverá ser ajuizada contra todos os co-responsáveis pela obrigação alimentar, porque, do contexto extraído do art. 1.698, este suposto dever é, na realidade, uma faculdade do credor de alimentos.⁴⁰³

Está-se falando, em verdade, também do dever de solidariedade que a Constituição Brasileira de 1988 impõe a essas relações, chamando à responsabilidade de cada qual para que contribuam na constituição de uma sociedade justa e democrática, condição de possibilidade de uma República e Estado de Direito.

Impõe-se, agora, a volta ao tema da natureza constitucional dos deveres da família para com seus pares, em especial no âmbito da saúde, objeto desta abordagem, em especial no que tange à Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1989, no seu art.241, que dispõe sobre a saúde em seu território, a partir, por certo, da dicção da Constituição Federal de 1988, asseverando que:

*Art. 241 – A saúde é direito de **todos** e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação.*

*Parágrafo único – O dever do Estado, garantido por adequada política social e econômica, **não exclui o do indivíduo, da família e de instituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade.***

O Estado do Rio Grande do Sul introduziu em sua Constituição a participação do indivíduo e de sua família no custeio da saúde pública, sendo que, com base nesses pressupostos, foi editada a Lei-RS nº 9.908/93, determinando que o Poder Público estadual deve fornecer medicamentos

⁴⁰³ WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 240-241.

especiais ou excepcionais aos seus cidadãos, desde que comprovem o seu estado de carência e também de sua família:

Art. 2º – O beneficiário deverá comprovar a necessidade do uso de medicamentos excepcionais mediante atestado médico.

*Parágrafo único – Além do disposto no "caput" deste artigo, o beneficiário deverá comprovar por escrito e de forma documentada, os seus rendimentos, bem como os **encargos próprios e de sua família**, de forma que atestem sua **condição de pobre**.*

Esse parâmetro normativo apresenta-se como condição de possibilidade da prestação de medicamentos excepcionais, mas pode servir para regulamentar o fornecimento de medicamentos normais? E o que distingue um fármaco normal em face de um excepcional?

Penso que a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul precisa ser interpretada conforme a Constituição Federal, no sentido de ratificar este sentido solidarístico que chama à responsabilidade a família para contribuir na manutenção do sistema republicano e federativo de saúde, dando sua quota-parte, seja ela qual for, na medida de sua possibilidade e diante da necessidade do parente enfermo.

Como se fará isso em nível de demandas judiciais que envolvem a prestação de medicamentos, internações hospitalares, etc.? Por via simétrica – respeitada sempre a urgência e especificidades da matéria – à forma e prova judiciária que instrumentalizam os feitos que envolvem a efetivação de obrigações alimentares, oportunizando e reivindicando a demonstração da necessidade do enfermo e a possibilidade de contribuição para o atendimento da demanda dos seus familiares, tomando aqui como referência os vínculos parentais estatuídos pelo próprio sistema jurídico, a saber:

*A extensão e a característica da reciprocidade da obrigação alimentar encontram-se previstas nos arts. 1.696 e 1.697, que repetem, *ipsis litteris*, o que já dispunham os arts. 397 e 398, do Código de 1916. Assim, a obrigação alimentar, pela ordem, fica limitada, em primeiro lugar, aos ascendentes,*

*depois aos descendentes e, por fim, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (art. 1.697). Observe-se que na linha reta, seja ascendente ou descendente, não há limitação de grau, ao passo que na colateral resta limitada ao grau mais próximo (irmão). Em cada linha, sempre os mais próximos em grau devem ser chamados em primeiro lugar, sendo a obrigação alimentar dos parentes mais remotos subsidiária e complementar. Isto é, vem depois da dos mais próximos e limita-se a completar o valor que por estes possa ser prestado.*⁴⁰⁴

Veja-se o efeito pedagógico disto em instrução processual quando, em sede de Agravo de Instrumento, deferido efeito suspensivo ativo para o Estado não arcar com os medicamentos postulados em ação ordinária, a parte veio aos autos comprovar sua impossibilidade em adquirir a medicação sem prejuízo do próprio sustento, representado que estava pela Defensoria Pública, evidenciando ainda a impossibilidade de seus familiares custearem a medicação, já que sua esposa estava desempregada, e sua filha auferia renda no valor de R\$: 566,37(quinhetos e sessenta e seis reais e trinta e sete centavos) mensais, o que se afigurou suficiente para demonstrar a necessidade do fornecimento do fármaco pelo ente público, revogando o efeito suspensivo outorgado e prestando a medicação pela via judicial.⁴⁰⁵

O próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de tratar deste assunto no âmbito da ADI nº 2.435/2002⁴⁰⁶, quando asseverou, *a latere*, que cabe à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. O argumento central da proponente da ADI contra a Lei estadual do Rio de

⁴⁰⁴ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Os alimentos no novo Código Civil.*, op.cit.

⁴⁰⁵ AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº70028019495, de minha relatoria, julgado monocraticamente junto à 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no dia 19/02/2009.

⁴⁰⁶ Neste feito, pretendia-se obter liminar para suspender os efeitos desta Lei do Estado do Rio de Janeiro. Entendeu por bem a Corte não deferir a liminar exatamente em face dos danos que isto poderia causar – como retrocesso social – aqueles que já vinham contando com tal subsídio, bem como aos demais idosos que poderia disto se beneficiar. Relatora Ministra Ellen Gracie. Pendente de julgamento o mérito.

Janeiro que determinava que farmácias e drogarias praticassem descontos de medicamentos para idosos era no sentido de que:

Entende que essa norma, ao obrigar as farmácias e drogarias a conceder desconto no preço dos remédios, viola os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (art. 170, caput e inciso IV da CF), consistindo em indevida intervenção do Estado na ordem econômica.

Aduz que a intervenção do Estado só se pode dar de 02 (duas) formas: direta e indireta. Diretamente, quando o Estado explora, ele mesmo, determinada atividade econômica, nas hipóteses expressas na Constituição, ou seja, quando tal intervenção é necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art 173, caput). Indiretamente, atuando como agente normativo e regulador, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, caput).

Ponderava ainda a proponente que esta legislação estava por ferir o princípio da isonomia garantido constitucionalmente, eis que dava tratamento diferenciado ao idoso, em detrimento de outras camadas da população. Ledo engano leva a perspectiva reducionista de isonomia trazida à baila pelo autor da ação, pois fulcrada em conceito restritivo e gramatical do princípio sob comento.

Sobre ele, já tive oportunidade de dizer, com Siqueira Castro, que a dimensão e o eixo contemporâneo de referência do princípio da igualdade substituiu a idéia de não-discriminação formal pelo ideal da não-discriminação material, em que o postulado da isonomia não mais se refere tão somente à proibição de tratamento discriminatório, mas inclui considerações metas-jurídicas atinentes ao tratamento desigual historicamente prevalecente entre determinados grupos sociais. Em tal mister é que políticas públicas de inclusão social despontam como mecanismos de justiça distributiva, destinadas a compensar inferioridades sociais, econômicas e culturais.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.364.

Nesta direção vai Flávia Piovesan, ao sustentar que se afigura insuficiente, desde uma perspectiva dos Direitos Fundamentais, tratar hoje o indivíduo – sujeito de direito – de forma genérica, geral e abstrata, impondo-se considerá-lo em face de suas particularidades e peculiaridades, o que vai gerar, por consequência, tratamento específico e diferenciado diante das violações de direitos atinentes a estes sujeitos. Em tal cenário, mulheres, crianças, população afro-descendente, imigrantes e migrantes, pessoas portadoras de deficiências, dentre outras categorias potencial e efetivamente vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e particularidades de suas condições sociais.⁴⁰⁸

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região já teve oportunidade de deliberar sobre matéria similar, sustentando, em sede de Agravo de Instrumento, que o Princípio Constitucional da Igualdade tem, em verdade, uma dupla faceta: supõe, ao lado de uma "proibição de diferenciação", em que "tratamento como igual significa direito a um tratamento igual", também uma "obrigação de diferenciação", em que tratamento como igual "significa direito a um tratamento especial", possibilitando "disciplinas jurídicas distintas ajustadas às desigualdades fáticas existentes."⁴⁰⁹

Um Estado que se queira Democrático e de Direito inexoravelmente tem de lançar mão de iniciativas pró-ativas da igualização material de

⁴⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.252. Decorre destes argumentos a afirmação acertada de Piovesan no sentido de que ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença e à diversidade, eis que, considerando o processo que a autora chama de feminilização e etnização da pobreza, percebe-se que as maiores vítimas de violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, são as mulheres e os afro-descendentes, decorrendo daí a necessidade de adoção, além de políticas universalistas, algumas específicas, capazes de dar visibilidade a sujeitos de direito com maior grau de vulnerabilidade, visando ao pleno exercício dos seus direitos.

⁴⁰⁹ Agravo de Instrumento nº2008.04.00.005863-3/RS, em que figurou como Agravante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, discutindo o tema da reserva de cotas. Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, despacho dado em 25/02/2008.

categorias sociais que se encontram em estado de discriminação, aqui entendido como condição de separado, distinguido, segregado contextualmente de seu tempo e espaço.⁴¹⁰ Tal comportamento estatal evidencia aquilo que Antonio E. Pérez Luño chama de dupla dimensão constitutiva do princípio da dignidade da pessoa humana: (a) a negativa, que busca impedir a submissão da pessoa humana a degradações; e (b) a positiva, que impõe a garantia de condições para o pleno desenvolvimento da personalidade deste homem (enquanto gênero).⁴¹¹

É a chamada Justiça Redistributiva aqui que ganha espaço de pertinência, no sentido da promoção de oportunidades por meio de políticas públicas para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária, operando o Estado – no âmbito legislativo, ações executivas e mesmo jurisdicionais – como redistribuidor de benefícios aos cidadãos, de maneira a tentar compensar as desigualdades que o preconceito e a discriminação efetuaram no passado e continuam a efetivar no presente.⁴¹²

É bem verdade que, nesta mesma ADI, o Ministro Marco Aurélio, destacou fato interessante que releva os impactos econômicos potencialmente unilaterais na espécie, a saber:

Há um outro aspecto – por isso aludi à proporcionalidade: é que, na hipótese concreta, não se distingue quanto à possibilidade de aquisição dos remédios, considerado o preço, por aqueles que, estando aquém das faixas etárias referidas, não têm condição de comprar, só o fazendo com o sacrifício da própria alimentação. Na lei não se cogita, sequer – aí, eu diria que o legislador acabou cumprimentando com chapéu alheio –, de uma

⁴¹⁰ Como quer DA MATTA, Roberto. *Notas sobre o racismo à brasileira*. In SOUZA, Jessé (organizador). *Multiculturalismo e racismo. Uma comparação Brasil – Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997. No mesmo sentido o trabalho de HUNTLEY, Lynn & GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

⁴¹¹ LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2000, p.321.

⁴¹² Conforme quer FISCUS, Ronald J. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. London: Duke University Press, 2002, p.11.

compensação, tendo em vista a postura do próprio Estado, na condição de credor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Simples, na lei impõem-se os descontos, sem se atentar para a situação financeira do adquirente do remédio, bastando o fator objetivo “idade”, e, ainda, prevê-se em caso de desobediência, multa pesada no importe de 5.000 UFIR’s.

Poderia efetivamente a legislação ter levado em conta os impactos econômicos que iria provocar no mercado de medicamentos no Rio de Janeiro, como ônus social imposto às atividades sob comento, para estabelecer melhores critérios seletivos fundados na necessidade material do Idoso em obter tais benefícios, uma vez que o pressuposto fático fundador da medida é a de que todos os Idosos do Estado do Rio de Janeiro necessitam de fomentos desta natureza para exercerem um direito fundamental que é a vida digna (na órbita da saúde), o que pode não ser verdade, ocasionando, não se tenha dúvida, os repasses desses custos aos demais consumidores.

Daí porque o exercício de ponderações materiais exaustivas – quando isto é possível – na tomada de decisões que envolvem tantos e tão diversificados interesses sociais e institucionais, sob pena de se violar demasiadamente direitos de uns em benefício de poucos.

IV – Considerações finais

Com Canotilho, tenho que efetivamente é chegada a hora dos constitucionalistas se darem conta dos limites da jurisdição e reconhecer, com humildade, que a Constituição já não é o lugar do *superdiscurso social*, levando em conta que a eventual colisão de discursos reais de aplicação da Constituição terão de ser supervisionados a partir de colisões de valores ideais (a vida, a segurança, a integridade física, a liberdade, a saúde de todos e não de alguns) que integram o *justo* de uma comunidade bem- ou mal – ordenada.⁴¹³

⁴¹³ Idem, p.129. Ver igualmente o excelente texto de BURT, Robert A. *The constitution in conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p.81 e seguintes.

Assim, o direito à saúde não pode se concretizar, ou pelo menos não se concretiza somente através de uma política constitucional, eis que esta é, *prima facie*, uma projeção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das contingências de várias esferas da sociedade.

Partindo do pressuposto de Boaventura de Souza Santos⁴¹⁴, que tanto a Sociedade Democrática como o Estado Democrático só se justificam a partir do reconhecimento de suas naturezas multiformes e abertas, constituindo-se ambos num campo de experimentação política emancipadora, permitindo que diferentes soluções institucionais e não-institucionais coexistam e compitam durante algum tempo, com caráter de experiências-piloto, sujeitas à monitorização permanente de organizações sociais, com vista a proceder a avaliação comparada dos seus desempenhos⁴¹⁵, tenho que, levando em conta aquelas políticas constitucionais, o envolvimento de toda a comunidade se faz necessário à concreção dos direitos em geral, e do direito prestacional à saúde em especial.

Esta nova forma de um possível Estado e Sociedade democráticos deve se assentar em dois princípios de experimentação laboratorial:

O primeiro é de que o Estado só é genuinamente experimental na medida em que às diferentes soluções institucionais são dadas iguais condições para se desenvolverem segundo a sua lógica própria. Ou seja, o Estado experimental é democrático na medida em que confere igualdade de oportunidades às diferentes propostas de institucionalidade democrática. Só assim a luta democrática se converte verdadeiramente em luta por alternativas democráticas. Só assim é possível lutar democraticamente contra o dogmatismo democrático. Esta experimentação institucional que ocorre no interior do campo democrático não pode deixar de causar alguma instabilidade e incoerência na ação estatal e pela fragmentação estatal que

⁴¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reivindicar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In Os sentidos da democracia. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p.126.

⁴¹⁵ Criando, por exemplo, mecanismos de acompanhamento e avaliação permanente das instituições (Executivo, Judiciário, Legislativo), tanto no âmbito do controle interno (a ser maximizado com estratégias e instrumentos de visibilidade plena de suas ações), como do externo (com conselhos corporativos e populares, mais os tradicionais já existentes).

*dela eventualmente resulte podem sub-repticiamente gerar-se novas exclusões.*⁴¹⁶

O segundo princípio adotado pelo pensador português, com o qual concordo e aqui quero aplicar, deixa muito clara a importância que o Estado tem ainda na constituição de uma gestão pública compartilhada do direito à saúde (e dos direitos fundamentais em geral), pois que deve servir de garante não só da igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas também garantir padrões mínimos de inclusão, que tornem possível a cidadania ativa participar, monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos alternativos. Esses padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática.

Neste ponto está certo Tribe⁴¹⁷, ao afirmar que *la Costituzione non è uno specchio in cui ognuno vede quello che vuole, né un documento affidato alle sempre mutevoli svelte politiche dei suoi interpreti. È suo compito creare una nazione attraverso le parole e, pertanto, deve godere del più ampio consenso fra i cittadini consociati.*

Em face de tudo isso, precisa-se urgentemente encontrar uma forma de contemporizar tão diferentes desafios no âmbito do direito à saúde, partindo do pressuposto de que tal mister incumbe a todos e não somente a alguns.

⁴¹⁶ Op.cit., p.127.

⁴¹⁷ TRIBE, Laurence H. & DORF, Michael C. *Leggere la Costituzione*. Roma: Il Mulino, 2005, p.

CAPÍTULO OITAVO

O SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL E SEUS IMPACTOS EXTRA-NORMATIVOS

I – Notas Introdutórias

Pretendo neste capítulo tratar do tema que envolve a natureza social do serviço público no Brasil em cotejo com sua natureza econômica e concorrencial, avaliando quais os efeitos que decorrem daqui notadamente à solução de casos concretos que potencialmente possam ser levados à jurisdição. Para tanto, mister é que se faça, preliminarmente, uma demarcação conceitual do que entendo por serviço público, constituída a partir da ordem constitucional vigente; em seguida, buscarei explicitar os elementos políticos, econômicos e constitucionais que informam a natureza social do serviço público e de que forma eles contribuem à formatação de um modelo que tem no cidadão/usuário o seu centro neural de sentido e funcionalidade.

II – Condições e possibilidades de conceituação do serviço público

O tema do serviço público enquanto ato, fato e negócio jurídico – ou seja, albergado fundamentalmente por uma acepção meramente normativista – não é hoje mais suficiente para dar conta da amplitude e mesmo extensão que tomaram as tentativas de atender as demandas sociais e as tensões entre interesses públicos e privados, transformando-se, na verdade, em um fenômeno político, social e juridico-administrativo, que tem suas bases no âmbito dos compromissos estatais e comunitários decorrentes deste quadro, notadamente os albergados pelo sistema jurídico (em sua dimensão constitucional e infraconstitucional).

Em face de tais nexos causais preambulares, o serviço público vai sempre estar em meio ao turbilhão de condicionantes e variáveis que notabilizam aquelas relações, muito especialmente as que envolvem o Estado e

as demandas públicas de maiorias sociais, porque as demais estão de alguma maneira (mais ou menos intensa) atendidas pela lógica perversa de inclusão econômica que o mercado provoca⁴¹⁸.

Com tal perspectiva conceitual – mesmo que preliminar – já adiantando estar convencido de ser insuficiente o conceito tradicional de serviço público, enquanto instrumento através do qual, em determinada época, as autoridades governativas decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante procedimento e regras específicas. *A intenção dos governantes é a única que se deve considerar.*⁴¹⁹

Tampouco a noção de serviço público deve estar forjada em uma dimensão meramente econômica ou de classe, pautando-se tão somente pela atenção e recursos do Estado, haja vista que as categorias sociais mais abastadas não necessitam dele para o atendimento de suas demandas. Estou somente afirmando que é a exata relação, harmônica ou não, de desenvolvimento social sustentável e equilibrado com o mercado capitalista, que vai delimitar as possibilidades contingenciais de concepção, estruturação e funcionamento do serviço público em cada país e em cada período histórico.

Se nos albores do Estado Liberal, o modelo de serviço público que se tinha era o centrado num comportamento absenteísta das instituições públicas em face da crença na capacidade do mercado de a tudo regular e gerar⁴²⁰, este foi totalmente abalado com a avassaladora lógica marginalizante da concentração de riqueza e exclusão social provocadas ao longo das revoluções

⁴¹⁸ Ver o trabalho de MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Neste texto, a autora destaca que a configuração de determinada tarefa como serviço público exige a análise da concepção política dominante e do papel assumido pelo Estado. Ver também nosso texto LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁴¹⁹ JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 19. Vamos potencializar esta posição mais tarde.

⁴²⁰ Naquela perspectiva Smittiana de que o avanço das relações de produção e do trabalho humano só pode levar ao enriquecimento da vida do *homo faber*, conforme SMITT, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Princeton: Princeton University, 1995, pg.49.

industriais e do capitalismo transnacional, gerando um exército de flagelos humanos e problemas coletivos nunca antes visto.⁴²¹

De qualquer sorte, pode-se afirmar que no modelo do Estado Liberal é que vai se encontrar preocupações doutrinárias mais ordenadas de delimitação conceitual e normativa do serviço público, identificando este com base em três elementos constitutivos, a saber: a) elemento subjetivo: o serviço público é prestado por órgão estatal; b) elemento material: o serviço público visa ao atendimento das necessidades públicas; c) elemento formal: o serviço público está sujeito a um regime de direito público. Tais marcos definitórios vão se louvar nos contributos de Léon Duguit (na mesma senda de Jêze), segundo o qual: *serviço público é toda atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e não se pode realizar a não ser com a intervenção da força governamental*.⁴²²

Sabino Cassese, falando sobre as características do Direito Administrativo do século XIX, vai lembrar, dentre outros, o do interesse público, e como ele se relaciona com os interesses particulares, por vezes impondo a estes sacrifícios pesados. Isso faz parte da concepção francesa de Direito Administrativo (*le caractère dominant du droit administratif, c'est que l'intérêt public fait imposer à l'intérêt privé de nombreux sacrifices. Cela est dans la nature des choses*).⁴²³ Agrega-se a isto outro traço fundamental do regime administrativo, a saber, o da força obrigatória dos regulamentos administrativos (*bindende Kraft des Verwaltungsrechtssatzes*)⁴²⁴.

⁴²¹ Estou falando, por exemplo, do crescimento desordenado das cidades em face da industrialização desenfreada, e todos os seus efeitos insalubres, perigosos e doentios, matando milhares de pessoas. Ver meu texto LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁴²² DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Fontemoing, v. 2, 1978, p. 59. Tradução livre.

⁴²³ AUCOC, Louis. *Conférences sur l'administration et le droit administrative*. Gallimard: Paris, 1998, p. 27.

⁴²⁴ MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Volume II. Berlim: Vherlang, 1994, p.39.

Outra característica originária do Direito Administrativo, na mesma linha de raciocínio, está contida na expressão regime administrativo, ora compreendida como prerrogativas da administração (o termo advém do antigo direito no qual 'prerrogativa' indicava os poderes do soberano), como a disponibilidade de funções ditas de polícia ou de autotutela, que autorizam os poderes administrativos a ingressar na esfera dos direitos dos particulares com auto-executoriedade⁴²⁵.

Todos esses elementos e caracteres vão, direta ou indiretamente, contribuir na demarcação conceitual do serviço público, o que passo a fazer.

Em regra, os conceitos existentes de serviço na doutrina mais tradicional do Direito Administrativo têm definido este instituto de forma deveras institucional, centrando sua existência demasiadamente no âmbito estatal. Como exemplo disto tem-se a aceção de Elaine Novais, entendendo o serviço público como um *conjunto de agentes e de meios de que dispõe o Poder Público para o fornecimento à coletividade dos serviços a ele indispensáveis*.⁴²⁶ Na mesma direção Marcello Caetano define o serviço público como *uma organização permanente de atividades humanas ordenadas para o desempenho regular de atribuições de certa pessoa jurídica de direito público*.⁴²⁷ Para Gaston Jéze, estar-se diante de um serviço público significa reconhecer que os *agentes públicos podem se utilizar dos procedimentos de direito público, a fim de satisfazer determinada categoria de necessidades de interesse geral*.⁴²⁸

⁴²⁵ Como explica HAURIU, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1993, p.123.

⁴²⁶ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviço Público: Conceito e Delimitação na Ordem Constitucional*. In Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996, pg.49.

⁴²⁷ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Volume V, II. Coimbra: Almedina, 1991, pg.115.

⁴²⁸ JÉZE, Gaston. *Principios Generales de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990, pg.72. Chega a afirmar o autor que se fala única e exclusivamente de serviços públicos quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento do serviço público. A intenção dos governantes é a única que se deve considerar. Tradução nossa.

Para Lúcia Valle Figueiredo, o serviço público se apresenta como *toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente, relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada sob regime prevalente de Direito Público*.⁴²⁹

Ruy Cirne Lima, por sua vez, define o serviço público como todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.⁴³⁰

Já Celso Mello, com reflexão mais apurada, amplia um pouco a delimitação do serviço público não como tarefa do Estado, mas que lhe é atribuída pela ordem constitucional, o que flexibiliza a natureza institucional do conceito.⁴³¹

Mário Masagão, um dos mais antigos administrativistas brasileiros, vai asseverar, por sua vez, que serviço público é toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins. E, à medida que, através do tempo, crescem na prática as incumbências do poder público, aumenta o âmbito dos serviços que ele desempenha, tonificando desta forma a natureza social de tal mister.⁴³²

⁴²⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, pg.83.

⁴³⁰ LIMA, RUY CIRNE. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.82.

⁴³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, pg.82. Refere o autor aqui que *o serviço público é visto como uma atividade caracterizada pela prestação aos administrados de utilidades ou comodidades materiais que o Estado assume como de sua responsabilidade, vez que se entende como imprescindíveis ou necessárias a conveniências básicas da sociedade em determinada época*.

⁴³² MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Max Limonad, v. 2, 1960, p. 287. Vai nesta direção também, ainda que de forma mais tímida, os trabalhos de: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 19; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São

Nesta mesma linha de raciocínio anda a literatura especializada italiana, sustentando que

*I servizi pubblici possono ritenersi, quindi, quelle particolari attività, ricomprese genericamente nella classificazione economista di servizio, che, per la loro rilevanza sociale, sono suscettibili di individuazione e di disciplina diversa dagli altri comuni servizi. È il legislatore che opera questa selezione e che qualifica determinate attività di servizio come pubbliche, cioè a rilevanza collettiva. Quando si parla di servizi pubblici si fa riferimento a figure tipizzate per legge, le quali non necessariamente hanno identica disciplina, ma che si distinguono per gli obblighi derivanti dalla doverosità che quelle attività assumono per la soddisfazione di interessi collettivi. Il carattere pubblico del servizio presuppone due condizioni: l'affermazione della prevalenza degli interessi collettivi e l'istituzione del servizio. Il servizio pubblico, conseguentemente, è frutto di una valutazione politica che consente di individuare alcuni interessi collettivi come meritevoli di particolare considerazione; sono necessarie poi la disciplina particolare di quel servizio e la sua istituzione come servizio pubblico.*⁴³³

Em seqüência, pacificou-se o entendimento de que a intervenção direta do Estado no domínio econômico, ou seja, desempenhando atividade econômica em sentido amplo, faz-se sob duas modalidades. Ou o Estado desempenha atividade econômica em sentido estrito, ou presta serviços públicos. E tal distinção se faz relevante à medida que, havendo regimes jurídicos diversos aplicáveis a um e outro caso, a atuação do Estado que implique exercício da atividade econômica em sentido estrito não se subordina à mesma disciplina prevista para o desempenho de serviço público (o regime jurídico administrativo)⁴³⁴.

Paulo: Malheiros, 2004, p. 320. Veja-se que no modelo de concepção do serviço público prevalecente no Brasil até o final da década de 80 – marcado pelo colapso do último ciclo de concessões encerrado no início dos anos 70 –, firmava-se a ideia de que a melhor maneira de regular uma determinada utilidade pública era reservar sua exploração ao Estado. A simples exploração direta dessa atividade já era considerada regulação suficiente.

⁴³³ CERULLI, Paolo. *Corso di Diritto Amministrativo*. Torino: Il Mulino, 2000, p.47.

⁴³⁴ Vale a pena aqui a leitura do texto de GIL, Jose Luis Meilán. *Progreso Tecnológico y Servicios Públicos*. Madrid: Civitas & Thomson, 2006, p.33.

De um lado, Marçal Justen Filho aponta que a atividade econômica em sentido estrito é regida pela racionalidade econômica, objetivando o lucro, segundo o princípio do utilitarismo. Funda-se na utilização especulativa da propriedade privada, de forma a dar atendimento aos interesses dos particulares; rege-se pelos princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência; pressupõe a liberdade dos agentes econômicos para a organização dos fatores de produção, objetivando a obtenção de resultados não fixados pelo Estado e a apropriação do lucro.⁴³⁵

A consequência prática da distinção é relevante: se uma atividade econômica em sentido amplo é serviço público, então ela somente pode ser desempenhada de acordo com os marcos normativos que caracterizam o regime jurídico administrativo (constitucionais e infraconstitucionais). De outra parte, se uma atividade econômica em sentido amplo não é serviço público, configurando atividade econômica em sentido estrito, a ela não se pode atribuir tal regime jurídico – haja vista que deverá observar o mesmo regime jurídico aplicável aos particulares.

Seja como for, há peculiaridades no direito constitucional brasileiro que não podem ser olvidadas quando se enfrenta o tema proposto, o que bem adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, ao insistir com a correta tese de que é o Estado que, por meio do Poder Legislativo, erige ou não em serviço público determinada atividade debaixo de um regime de direito público, desde que respeitados os limites constitucionais. Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, conquanto não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa.⁴³⁶

⁴³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p.71.

⁴³⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Op.cit., p.118. Registra ainda o autor que *a exploração da atividade econômica, em sentido estrito, assiste aos particulares e não ao Estado. Este apenas em caráter excepcional poderá desempenhar-se empresarialmente nesta órbita.*

Neste contexto, o serviço público assume um aspecto instrumental, no sentido que se presta como meio hábil à realização dos fins da comunidade, demarcados pelos objetivos, finalidades, valores e princípios da Carta Política e mesmo de todo o sistema normativo, vinculando tanto Estado, Mercado como Sociedade a tais misteres. Vai neste sentido a doutrina italiana sobre a matéria:

*Passando ad analizzare la nozione di servizio pubblico, si può affermare che esso si caratterizza per il fatto di consistere in un'attività non autoritativa della pubblica amministrazione, che si contrappone alle attività funzionali e si svolge mediante l'erogazione di attività prestazionali in favore dei cittadini. Mentre la funzione amministrativa si esercita attraverso l'utilizzo, da parte dell'amministrazione, di pubblici poteri, nei cui confronti il destinatario si pone in una posizione di soggezione, il servizio pubblico si concretizza sempre in prestazioni svolte a favore degli utenti.*⁴³⁷

Por tais razões, cada comunidade, nas diversas circunstâncias de sua trajetória, constrói seu conceito de serviço público – como declinação lógica e necessária daqueles vetores axiológico-constitucionais mencionados –, tendo em vista as tarefas e encargos que transcendem o indivíduo e o interesse particular⁴³⁸.

De qualquer sorte, entendo que não se afigura possível hoje fixar um conceito hígido de serviço público, em face exatamente das multifacetadas

⁴³⁷ SCOTTI, Ernesto. *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*. Padova: Giuffrè, 2003, p.36. Neste particular se revela importante a advertência que o autor faz sobre o conceito constitucional de serviço público na Itália, a saber *Con l'emanazione della Costituzione si è aggiunto l'ulteriore requisito del "preminente interesse generale" a cui devono corrispondere le attività economiche aziendalizzate in questione. Tale requisito, fondato sull'art. 43 Cost., riconduce l'ambito del servizio pubblico alle attività economiche identificabili, secondo una valutazione storico-sociale, come "a svolgimento essenziale" o anche "di riequilibrio", conformi alla politica di uno Stato pluriclasse. L'art. 112 del d.l.vo n. 267/2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di recepimento dell'art. 22 della l. n. 142/1990), che definisce servizi pubblici quelli "che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali", si è posto come punto di arrivo di tale tracciato giuridico-concettuale fornendo una nozione contenutistica del servizio pubblico.* p.39.

⁴³⁸ Ver o texto de ALMOND, Gabriel. *The civic culture: political attitudes and democracy in five countries*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

variáveis que constituem sua natureza política e jurídico-administrativa, mas tão somente delimitar seus pressupostos informativos, matéria que passo a abordar.

II – Da natureza político-constitucional do serviço público

Já tive oportunidade de dizer que após a Segunda Guerra Mundial surgiu uma nova matriz de Estado Administrador no Ocidente, em face do surgimento do Estado Social⁴³⁹, cuja missão é a busca da igualdade social, antes garantida apenas em seu aspecto formal. Para atingir este escopo, o Estado teve de intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior deslocou-se da liberdade para a igualdade; do individual para o bem comum.

Adicione-se a isso a passagem do Estado monoclasse liberal ao Estado pluriclasse⁴⁴⁰. Com a ampliação do direito de voto às mais diversas classes sociais, e não mais apenas às classes privilegiadas, também os interesses daquelas classes passam a contar com representantes junto ao Poder Legislativo, o que leva à positivação dos valores e aspirações desses grupos sociais.

O crescimento dos chamados direitos sociais e econômicos ampliou desmesuradamente o rol das atribuições estatais, transformando-o em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor, com uma ação interventiva não raro desfocada das reais necessidades comunitárias, que conduz, em regra, à ineficiência de suas ações. De fato, houve um acréscimo da máquina administrativa (burocratização) e dos setores em que o Estado é

⁴³⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Sociedade e Administração Pública: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Ver também o excelente texto de BARROSO, Luís Roberto. *O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público*. In SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Jûris, 2005.

⁴⁴⁰ Com quer DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 2003, p.74 e seguintes. Da mesma forma o texto de CAROSELLI Antonio. *Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione*. In T.A.R., 2000, II, 27.

chamado a atuar, agravada pela crise financeira enfrentada pelos países da América Latina⁴⁴¹.

Ainda tratando do problema da definição de serviço público, e diante destes novos cenários, tenho que o serviço público encontra suas bases mais históricas na delimitação do que constitui atividade própria do Estado e o que é tipicamente reservado à iniciativa privada, temas que, em seu evoluir no Ocidente, em algumas situações, restou esfumado. Em tal perspectiva é que alguns autores têm insistido na tese de que não há atividades estatais por natureza ou essência, com o que não concordo, mas apenas manifestações históricas mais ou menos recorrentes, que são selecionadas pelo observador como típicas de uma dada instituição. As atribuições do Estado, assim, são conceitos históricos, admitindo várias concepções⁴⁴².

Ora, considerando que os parâmetros daquelas atribuições do Estado (ainda compreendendo o serviço público como atividade exclusivamente estatal), estão dados normativamente pelo sistema jurídico de cada país, notadamente o constitucional, ao menos quando a referência espacial e temporal são as experiências modernas de serviços públicos ocidentais, é preciso reconhecer que há determinadas áreas e temas federativos, tais como o energético, o da segurança pública, o da regulação econômica, que reclamam a presença do Estado, eis que estratégicos não só para o desenvolvimento do país como nodais à efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

É exatamente a partir dos instrumentos jurídicos que vigem em cada experiência estatal que se vai ter, ao menos em termos formais e gerais, elementos demarcadores dos serviços públicos existentes, isto porque são eles que vão identificar, de igual forma, o modelo de Estado vigente.

⁴⁴¹ Ver o trabalho de GALAMBOS, Louis. *The new American State: bureaucracies and policies since world war II*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987.

⁴⁴² AGUILAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pg.46.

No caso brasileiro, se se levar em conta para o conceito de serviço público a sua dimensão econômica, de forma inexorável ter-se-á de observar o que a este título estabelece o ordenamento constitucional vigente, notadamente a partir de seu art.172, que eleva a dignidade da pessoa humana e a justiça social como centros neurais de qualquer atividade econômica.

Significa dizer que estes mandamentos estão a estabelecer os parâmetros a serem observados por agentes privados e públicos quando estiverem atuando em setores produtivos. Todavia, enquanto para os agentes privados a inserção econômica se opera a partir de uma racionalidade instrumental que visa ao lucro, fundada na utilização especulativa da propriedade privada, regendo-se por princípios de exploração empresarial, de livre iniciativa e da livre concorrência⁴⁴³, com a intervenção estatal na economia ocorre algo diferido, eis que, quando representada tal intervenção por prestação de serviço público, ela implica a idéia de uma atividade que possui como objetivo principal o interesse público na sua realização.

*Primeiro porque a prestação de serviço público deve representar o elemento essencial da relação, em confronto com o correspectivo por parte do utente do serviço. Depois porque a realização da prestação deve ter por objetivo imediato e direto a satisfação de necessidades individuais de importância coletiva, independentemente de qualquer interesse subjetivo patrimonial a um eventual correspectivo.*⁴⁴⁴

Assim é que, para os fins de perseguir a dignidade da pessoa humana e a justiça social – densificadas em termos normativos também e nuclearmente pelos Títulos primeiro e segundo da Constituição Federal de 1988–, o Estado Administrador pode e deve intervir no domínio econômico, regulando-o e operacionalizando todas aquelas ações que dêem maior efetividade aos objetivos previamente traçados.

⁴⁴³ Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, pg. 117.

⁴⁴⁴ ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. T.1. Milano: Giuffrè, 1970, pg.59. Tradução nossa.

Por tais razões e fundamentos, a definição do que seja serviço público vem delineada pelos compromissos e obrigações estatais definidos pelo sistema jurídico, a saber, toda e qualquer atividade que seja necessária à concretização da Sociedade Democrática de Direito conformada no país, independentemente, num primeiro momento, de quem deva prestar tal serviço.

Com tal perspectiva, quero sustentar que há alguns elementos substanciais próprios ao conceito de serviço público constitucionalmente vinculado no Brasil, que são exatamente os direitos humanos e fundamentais consagrados, os quais estabelecem – de forma meramente exemplificativa – as possibilidades de dignidade da pessoa humana, aqui tidos como centro de ocupação prioritária do Estado Administrador –, mas não exclusivo, pois se conta inclusive para isto com a participação social e do próprio mercado.⁴⁴⁵

Pode-se sustentar, então, que o equilíbrio entre todos os interesses envolvidos no âmbito da constituição, execução e controle dos serviços públicos, bem como da atividade regulatória, faz com que o Estado, enquanto regulador, não seja apenas um mediador passivo das relações sociais, mas assuma função ativa marcadamente subsidiária, na qual a consagração de metas de interesse social – veiculadas por políticas públicas – e a defesa dos setores hipossuficientes, devem ser estabelecidas a partir das possibilidades de cada setor da economia e não definida unilateral e exclusivamente a partir dos espaços decisórios estatais.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Ver o trabalho de FAULKNER, David. *Public Services, Citizenship and the State*. Oxford: Clarendon, 2001.

⁴⁴⁶ Importa lembrar que o Estado atua na regulação sobre serviços públicos, no mínimo, a partir de três papéis neurais, a saber: (a) constituindo-se em espaço de formulação de políticas públicas cujas pautas e metas ditarão a conformação da exploração do serviço; b) titular do serviço e dos bens a ele afetos, cuja preservação lhe incube e em face de quem o operador em regi público pode postular direitos como o equilíbrio da relação contratual; c) ente regulador encarregado não exclusivamente da defesa dos interesses estatais, mas incumbido da tarefa de defesa do usuário, de preservador das linhas gerais de exploração da atividade e ainda mediador dos interesses de todas os agentes envolvidos.

Isto se reflete de forma muito clara no que diz com a compreensão jurídica da relação entre o Estado, o serviço público ofertado e quem o executa, eis que, como adverte Floriano Neto,

Da regulação vertical pelo controle direto do operador (a regulação poderia ser exercida pela cadeia de comando interna ao poder executivo, mediante simples ordem hierárquica), surge a necessidade de uma regulação contratual (balizada pelo contrato) e que, como tal, tem pressupostos muito distintos. Afinal, os marcos regulatórios não que ser claros e pré-determinados pois, no regime de direito público, o particular está obrigado apenas ao quanto de deveres, sujeições e condicionamentos definidos no ato de outorga e na regulamentação vinculante. ⁴⁴⁷

De qualquer sorte, tão importante quanto os aspectos formais, materiais e subjetivos que informam a natureza do serviço público no Brasil, é de igual relevância a questão da sua regulação – pública –, sempre atenta às necessidades sociais e aos vetores axiológicos e normativos dantes referidos. Em tal perspectiva, suaviza-se (sem extinguir o debate) o tema do regime jurídico – que continuará a estar presente no âmbito das regulações dos serviços.

A partir desses pressupostos, quero agora tratar de alguns casos judiciais concretos, que envolvem a prestação do serviço público.

III – O Primeiro Caso

O caso sob comento trata de *Agravo de Instrumento*⁴⁴⁸ interposto por empresa de transporte urbano de cidade do interior do Estado do Rio Grande do Sul, em face de decisão interlocutória proferida nos autos de Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público-MP desta comarca, que deferiu a liminar postulada pelo *Parquet*, no sentido de que fosse cumprido o disposto no

⁴⁴⁷ Idem, p.20. Lembra o autor que isto ocorre porque a delegação da exploração coloca em cena o operador privado com seus interesses econômicos e seu plexo de direitos adquiridos, rompendo a facilidade da regulação vertical-hierárquica interna ao aparelho estatal.

⁴⁴⁸ Trata-se de Agravo de Instrumento nº70010810844, de minha relatoria, junto à 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Estatuto do Idoso (art.39, da Lei nº 10.741/03), no que tange à gratuidade no transporte coletivo público, urbano e semi-urbano, aos maiores de 65 anos residentes na circunscrição da comuna. Na mesma decisão vergastada, foi fixada multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada ocasião em que fosse negado a um idoso, pela ora agravante, o referido direito reivindicado pelo MP.

Sustentou a agravante que nenhuma das duas linhas que possui é urbana, eis que a linha sobre a qual o MP pretendia fazer incidir a gratuidade disposta no art.39, do Estatuto do Idoso, transcendia o itinerário da concessão feita pela municipalidade. A rota de transcurso da linha alcançada pela Ação Civil Pública, nos termos da exposição da empresa de transporte, estende-se ao longo da rodovia BR/RST – 101, possuindo características próprias de linha intermunicipal, passando pela zona rural do município, conforme Lei Municipal nº 044/89, não sendo prevista na concessão. Salientou que o § 2º, do art.230, da CF/88, concedia a gratuidade somente na utilização do transporte urbano. Alegou, ainda, que a multa imposta pela julgadora era por demais onerosa, sendo que sua imposição afetaria o faturamento da empresa, comprometendo, assim, a execução do serviço. Postulou: (a) a concessão do efeito suspensivo; (b) o provimento do recurso, para que não fosse concedida a gratuidade.

A decisão de primeiro grau concedeu o efeito suspensivo.

Apresentou contra-razões o Ministério Público, sustentando que a expressão *transporte urbano*, consignada no art.39, do Estatuto do Idoso, diz respeito ao transporte efetivado dentro dos limites do Município. Referiu que, no caso em tela, a linha parte dos limites territoriais do agravante indo terminar em outro, sendo inexorável que passe por uma parte de zona rural. Sustentou que, embora a lei federal sob comento não tenha sido clara, não teria a intenção de excluir idosos moradores da zona rural. Salientou que todo o território municipal, independente de ser zona rural ou urbana, deveria ser atendido pelo transporte urbano. Por fim, asseverou que a multa imposta estava correta.

Postulou o desprovimento do recurso, com a manutenção da decisão agravada, juntando documentos.

No segundo grau, a manifestação do Procurador de Justiça foi pelo desprovimento do Agravado de Instrumento, repisando os argumentos apresentados pelo MP no primeiro grau.

Após, os autos foram conclusos à minha relatoria.

Em face deste contexto fático, mister é que sejam apresentadas as razões de justificação e fundamentação que entendo pertinentes para o enquadramento normativo e teórico da matéria. É o que passo a fazer.

IV – O necessário enquadramento normativo e teórico da *questio*

O tema não é singelo, mas de complexidade circunstancial a ser aferida neste caso concreto, o que demanda algumas considerações de ordem fundacional dos argumentos que podem e devem sustentar a decisão a ser tomada, mesmo que em sede de Agravado de Instrumento, impondo-se que sejam expostos da forma mais clara e precisa possíveis, a fim de permitir o controle e participação processual das partes envolvidas na espécie.

Assim, contextualizarei o caso concreto descrito no relatório supra com o sistema jurídico em que ele se insere, para, em seguida, delimitar de que maneira este sistema está a vincular e exigir uma tutela jurisdicional única à espécie.

Veja-se que, desde a edição da Carta Política de 1988, o Brasil tem discutido o novo perfil do Estado brasileiro (Executivo, Judiciário e Legislativo), suas configurações em termos de competências e desafios, bem como a relação que ele mantém com a Sociedade Civil e o Mercado. Celso Mello⁴⁴⁹, por exemplo, tem insistido no fato de que o que hoje existe não é tão somente uma relação de fornecimento e de consumo de serviços públicos envolvendo Estados, Sociedade

⁴⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

e Mercado, mas, fundamentalmente, uma relação jurídica-administrativa entre eles, construída ao redor do binômio prerrogativas da administração e direito dos administrados⁴⁵⁰, destacando no particular os direitos humanos e fundamentais, sociais e individuais, arrolados nos umbrais do séc.XX, e em seguida recepcionados por outros documentos constitucionais de vários países, em especial por nossa Carta Política de 1988.

Em outras palavras, a natureza do Poder Público é a de um *munus* público para quem o exerce, impondo o cumprimento fiel dos preceitos do direito e da moral social e administrativa que regem a sua atuação⁴⁵¹.

Pode-se dizer, então, que, enquanto fim último do Estado Democrático de Direito, tem-se o bem comum da coletividade administrada. O problema aqui é como o Estado vai implementar tais funções/atividades, tanto no aspecto de criação de instrumentos e mecanismos para tanto, como na utilização deste instrumental.

A implementação de tais responsabilidades deve partir, inexoravelmente, da observância do primeiro grande princípio que informa todos os atos do Estado, da Sociedade Civil e do Mercado, i.é., o da legalidade (no sentido positivo ou negativo), que vige desde a Era Moderna, sinalizando ao Estado que ele só pode fazer aquilo que a lei lhe permite, e, a partir dela, é que quaisquer políticas e ações públicas podem ser pensadas, instituídas e executadas.

Neste particular, tenho que, mesmo considerando a existência do princípio da unidade da Constituição, vigente desde há muito na tradição

⁴⁵⁰ Nesse sentido também MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.34.

⁴⁵¹ Estes preceitos não são meramente subjetivos, localizados no âmbito da arbitrariedade do Gestor Público, mas se encontram também e fundamentalmente dispostos em textos normativos cogentes, dentre os quais, no caso brasileiro, na Constituição da República de 1988, em especial em seus princípios fundamentais e direitos e garantias fundamentais, verdadeiras normas jurídicas válidas, vigentes e desejosas de eficácia social, portanto, auto-aplicáveis. Neste sentido ver GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.49.

constitucional do Ocidente⁴⁵², segundo o qual todas as suas normas apresentam o mesmo nível hierárquico, existem, para a moderna teoria constitucional, duas modalidades distintas de normas dentro da Carta Política que estão a afetar diretamente os atos de todos os atores políticos e sujeitos de direito, a saber: as denominadas normas-princípios e as normas-disposições, compondo um todo junto ao ordenamento jurídico⁴⁵³.

As normas-princípios afiguram-se como mandamentos estruturais e indispensáveis à organização da regulação jurídica e ordenação social, ou, como quer Celso Mello⁴⁵⁴, *são disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critérios para sua exata compreensão e inteligência*.

Esses princípios contêm valores políticos e sociais fundamentais ditados pela Sociedade, de forma explícita ou implícita, concretizados em diversas normas da Constituição ou cuja concretização a Constituição impõe.

Analisando a jurisdição desses princípios, pode-se deduzir que eles servem de base e teor dos governos e discursos normativos democráticos, pois colocam e mesmo buscam a concretização dos direitos a que se referem, sempre almejando a proteção e efetivação dos objetivos previamente traçados pelo poder constituinte. Em outras palavras, eles constituem fundamentos para juízos concretos de dever.⁴⁵⁵

Assim, a Constituição brasileira de 1988 tem, em seu título primeiro, elencados os princípios fundamentais que pautam a organização do Estado e da

⁴⁵² Como bem demonstra BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.48.

⁴⁵³ Discuti essa questão de forma mais exaustiva em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a Teoria do Direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999, 2ª edição.

⁴⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 230.

⁴⁵⁵ Concorde com ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.125, quando afirma que tanto as regras como os princípios são normas, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição.

Sociedade brasileira, deduzindo como fundamentos da República a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, etc. Essa mesma República tem como objetivos a construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como lembra Bonavides⁴⁵⁶, princípios como esses fazem transparecer uma superlegalidade material e se tornam fonte primária do ordenamento; eles se apresentam como efetivos valores elegidos pela comunidade política local e, enquanto tais, afiguram-se como a pedra de toque ou critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

Entendo, a partir do referido, que os princípios constitucionais do título primeiro da Constituição de 1988 estão a vincular todo e qualquer ato, fato ou negócio jurídico, na busca de dar concretude ao que pretendem os indicadores normativos da carta política em vigor, bem como a prestação de suas funções legislativas e judiciárias protetivas e instituidoras de políticas públicas voltadas àquele desiderato.

Aliás, a interpretação do texto constitucional, e em especial dos princípios constitucionais, na melhor doutrina contemporânea,

*opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos e disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. O intérprete desvincilha a norma de seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete produz a norma. Assim, texto é diferente de norma: o texto é o sinal lingüístico; a norma é o que se revela, designa.*⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op.cit., p.176.

⁴⁵⁷ Neste sentido GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.52.

Mas como se enquadram as disposições constitucionais e infraconstitucionais atinentes à matéria que versa o caso concreto?

Importa reconhecer, a par do que se dispôs acima, que o Estatuto do Idoso, Lei Federal nº10.741, de 01 de outubro de 2003, efetivamente se apresenta como um instrumento normativo que vem ao encontro do que dispõe, dentre outras normas constitucionais, o art.231, da Carta Política, quando assevera que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Sem sombra de dúvidas que tal disposição normativa vem densificar de forma mais específica o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art.1º, §3º, CF/88), bem como estabelecer como prioridade da República Federativa o cuidado para com seus anciãos, através de políticas públicas inclusivas que garantam a condição de cidadania a estes sujeitos de direitos.

Nesta senda, disciplina o novel Estatuto que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Ademais, registra que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.⁴⁵⁸

Já no seu art.9º, prevê o Estatuto que é obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas

⁴⁵⁸ Arts.2º e 3º, do Estatuto do Idoso.

sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Na verdade, essas garantias asseguradas ao idoso perquirem mecanismos e instrumentos concretizadores e cotidianos, a serem implementados tanto pelo Poder Público como pela Sociedade e pelo Mercado, eis que todos englobados pelas disposições normativas referidas.

No particular, envolvendo matéria que diz respeito ao transporte para os idosos, o Texto Constitucional é perene, eis que, no próprio art.230, §2º, tem-se a disposição de que *aos maiores de sessenta e cinco anos é garantido a gratuidade dos transportes coletivos urbanos*. Da mesma forma o disposto no art.39, do Estatuto, ao garantir que:

Art.39 Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

§ 1º Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade.

§ 2º Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos.

§ 3º No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no caput deste artigo.

Por fim, o art.43, do mesmo diploma legal, refere que as medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; III – em razão de sua condição pessoal.

Assim é que todas essas disposições jurídicas transcritas e referidas precisam ser tomadas a partir de uma perspectiva de integração do sistema jurídico-constitucional, sob pena de aviltar a própria estrutura organizacional

do ordenamento brasileiro, cuja lógica informativa é – como referi – outorgada pelos direitos e garantias fundamentais indisponíveis e cogentes. Significa dizer que, enquanto dissimetria objetiva da dignidade da pessoa humana, as normas constitucionais e o micro-sistema infraconstitucional protetivos do idoso no Brasil estão a imprimir às suas prerrogativas natureza vinculante a todos os co-responsáveis pela manutenção e efetivação da República Democrática de Direito.

Em tal direção, urge reconhecer que o transporte coletivo aqui se afigura como instrumento material para o exercício constitucional da condição de idoso no país, haja vista que meio de acesso ao trabalho, ao lazer, à cultura, à educação, etc. Negar isso implica restringir o alcance e mesmo significado dos direitos e garantias previstas, resultando em explícito retrocesso social à ordem federativa que constitui nossa Democracia.

Nesta direção já decidiu o Tribunal Constitucional de Portugal⁴⁵⁹, assentando a proibição de retrocesso social em caso de retirada do serviço (simétrico) nacional da saúde, cujo princípio se aplica aos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. É que aí a tarefa constitucional a que o Estado se acha obrigado é uma garantia do direito fundamental, constitui ela mesma objecto de um direito dos cidadãos.

Da experiência alemã pode-se igualmente retirar alguns fundamentos para os argumentos ora esposados, *ex vi* do exposto por Ingo Sarlet:

⁴⁵⁹ No Ac. 39/84, 3º v., de 11.04.1984, Processo nº 6/83, publicado no Diário da República, 1ª série, de 05.05.1984. Ver o texto de SARLET, Ingo W. *O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. Publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS Vol. 17 – 1999, pág. 111.

Vinculado ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, tal como plasmado no art. 1º, inc. I, da LF, também pode ser tida como limite ao retrocesso na esfera da legislação social a preservação de um mínimo indispensável para uma existência digna, no sentido de que as restrições no âmbito das prestações sociais não podem, em hipótese alguma, ficar aquém deste limite, pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Independentemente disso, há que considerar que – de acordo com a doutrina e a jurisprudência – a própria cláusula geral do Estado Social (art. 20, inc. I, da LF) já fundamenta uma obrigação do poder público no sentido de promover a assistência aos necessitados. Foi justamente neste contexto que a doutrina e jurisprudência alemãs desenvolveram, a partir de uma exegese criativa calcada na interligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I), do direito à vida (art. 2º, inc. I) e do princípio do Estado Social (art. 20, inc. I), um direito fundamental não escrito à garantia das condições materiais mínimas para uma existência digna.⁴⁶⁰

Por todos esses fundamentos, entendi que o centro neural da lide aqui dizia respeito a direito e prerrogativa constitucional e infraconstitucional dos idosos, que não pode ceder diante de forçada interpretação restritiva de que o transporte urbano realizado pelo Agravante limita-se à área urbana do Município, descrita em lei local, até porque tal hermenêutica sequer resiste ao cotejamento do próprio micro-sistema do Estatuto do Idoso, quando prevê, em seu art.40, regras para a gratuidade no transporte interestadual, portanto, deixando claro que transporte urbano é o que diz respeito ao trânsito no âmbito dos limites territoriais da municipalidade, independentemente da zona em que ele ocorra (urbana, de expansão urbana ou rural).

Se pretendesse o Estatuto do Idoso restringir o direito constitucional (fundado inclusive em princípio constitucional), o teria feito de forma explícita e clara (o que inclusive poderia causar sérias antinomias a serem resolvidas), haja vista que está todo voltado à efetivação da máxima plenitude de vida digna aos idosos.

Por todas essas razões é que votei no sentido de negar provimento ao Agravo de Instrumento, restaurando na integralidade a liminar deferida no

⁴⁶⁰ Op. Cit.,p.118.

primeiro grau em face da postulação do Ministério Público, para os efeitos de garantir o transporte gratuito aos idosos daquela municipalidade.

Essa medida judicial, de outro lado, adverte para o fato de que os custos econômicos desse encargo constitucional poderão ser redimensionados em termos de cláusulas econômico-financeiras dos contratos administrativos que estão a viabilizar os serviços de transporte coletivos licitados na comuna, eis que verdadeira condição nova provocada pelo Estado (Juiz) – fato do príncipe – na execução das obrigações entabuladas.

V – Algumas experiência da Justiça Federal

No âmbito da Justiça Federal, é interessante destacar o caso das questões que envolvem os debates sobre revisões judiciais de tarifas básicas de pedágio praticadas por concessionárias, alegando desequilíbrio econômico-financeiro decorrente, geralmente, de eventos muito similares, a saber: 1) postergação da implantação das Praças respectivas de atuação; 2) demora na autorização de reajustes contratuais, ocorridos após a data contratada e 3) modificação na metodologia de cálculo do índice de pavimentação, índice este integrante da fórmula de reajuste da tarifa.

Pela própria natureza da demanda, o que se observa, em regra, é a complexidade dos temas e pretensões que estão em voga, relacionadas não somente com a relação contratual estabelecida entre, no caso, Poder Concedente e Empresa Concessionária, mas com o fato de existir mais um elemento que é parte desta relação, que é o usuário do serviço público envolvido, haja vista que ele pode ser representado pelas associações ou, em razão da possibilidade do exercício de direitos com base no Código de Defesa do Consumidor, ou Ação Popular, individualmente, ou ainda pelo Ministério Público – notadamente em ações civis públicas.

Veja-se que esta compreensão do usuário como parte da relação contratual encontra respaldo na concepção de limites subjetivos previstos no

art. 55, VII, da L. 8.666, os quais foram extravasados pelo reconhecimento legal de que os que aportam recursos para a manutenção da concessão, constituindo sua razão de existência, não podem ser excluídos de uma relação contratual que lhes afeta. Tal dispositivo não está isoladamente cuidando dos interesses dos usuários ou consumidores dos serviços públicos, eis que a própria Lei 8.987/95, em seu art.6º, determina que *toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato, sendo que serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade das tarifas**.*

Como quer Fernando Weiss⁴⁶¹, a outorga da concessão não é mais meramente um ato de império, devendo ser enfocada por outro viés. Trata-se de atuação continuada de gestão de serviços públicos, na qual o principal interessado tem participação permanente. A relação dos usuários com ambas as partes é legal, precedente à assinatura do contrato de concessão. Seus direitos decorrem da Constituição Federal, da lei, e dos termos do edital e contrato. Não é estranho a um contrato quem possui direitos e deveres dele decorrentes, podendo exigir seu cumprimento adequado.

Na doutrina italiana esse aspecto igualmente vem sendo trabalhado, haja vista a reflexão apresentada por Arena:

Molte amministrazioni erogatrici di servizi hanno imparato a considerare gli utenti dei servizi pubblici come soggetti in grado di fornire valutazioni, giudizi, suggerimenti, etc. sulla qualità dei servizi medesimi e vi sono ormai diversi esempi, soprattutto a livello locale, di amministrazioni che con modalità varie chiedono ai propri utenti di valutare il servizio offerto e di formulare proposte di miglioramento. Si tratta certamente di un profilo particolare di quell'orientamento al cliente che, come s'è visto, rappresenta

⁴⁶¹ WEISS, Fernando Lemme. *Lei das Concessões: o monopólio nos transportes rodoviários e outros aspectos*. In Revista Jurídica. n° 235. MAI/1997. Porto Alegre: Síntese, 1997, pág. 22.

*un'evoluzione recente nell'ambito del paradigma bipolare; ma questo modo di impostare il rapporto fra le amministrazioni erogatrici di servizi ed i destinatari dei servizi stessi può anche essere letto, in un'altra prospettiva, come un avvicinamento al modello dell'amministrazione condivisa, in quanto vede nell'utente un soggetto dotato di conoscenze, esperienze ed in generale competenze di vario genere che possono essere utilizzate per migliorare l'efficienza e l'efficacia dei servizi pubblici nella loro configurazione tradizionale.*⁴⁶²

Não estou defendendo aqui a constituição de um poder paralelo no âmbito das relações de prestação de serviço público, agregando a elas um outro poder de império que é o usuário ou suas representações, mas tão somente sustentando a tese de que é a própria dicção constitucional contemporânea no país que está apontando a uma nova configuração de relação pública e espaço público, aqui entendido como cenário de diálogo e interlocução democrático, entre todos os que constituem tal espaço ou relação, sem qualquer discriminação ou preconceito, oportunizando que a ação pública esteja fundada em políticas públicas resultantes de um processo/procedimento comunicativo voltado ao entendimento entre estes sujeitos sociais (o que não é sinônimo de unanimidade, mas de consensualidade fundada em razões e justificações públicas).

De outro lado, a concessão ou permissão do serviço público hoje no Brasil possui regime jurídico-administrativo caracterizado pela submissão ao princípio da legalidade; constituição de obrigações por ato unilateral; presunção de legitimidade, auto-executoriedade, unilateral declaração de nulidade e

⁴⁶² ARENA, Gregorio. *Cittadini Attivi*. Roma: Laterza, 2006, p.76. Da mesma forma o autor trabalha este tema em texto inédito publicado em livro coletivo, coordenado e traduzido por o subscritor deste livro, chamado de *Amministrazione Condivisa*. Neste texto, o autor destaca que *Sviluppando ulteriormente questo tipo di impostazione si ha un ulteriore passaggio, consistente nel considerare gli utenti molto di più che non semplici (per quanto importanti) valutatori del servizio, ma addirittura possibili co-protagonisti nella gestione del servizio stesso*. LEAL, Rogério Gesta. *Administração Condivisa no Brasil e Itália*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

revogabilidade dos atos praticados; continuidade das atividades havidas como públicas, dentre outros ⁴⁶³.

Na dicção de Lúcia Valle Figueiredo, o serviço público e, por sua vez, a concessão ou permissão deste serviço, não pode perder de vista que tal atividade é originariamente do Estado, *ou de quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente, relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada sob regime prevalente de Direito Público.*⁴⁶⁴

Neste particular, se o serviço público se afigura como toda atividade cujo desempenho deve ser regulado, assegurado e controlado pelo Poder Público, porque o desempenho dessa atividade é indispensável à realização da interdependência social, e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força da Administração, assim também ocorre com as formas delegativas da execução destes serviços, uma vez que a tarefa de conceber os princípios, objetivos, finalidades e critérios de qualificação e quantificação prévios, e permanente do seu oferecimento, pertence sempre ao Estado⁴⁶⁵.

Com base nesses parâmetros de contextualização dos serviços públicos no país, é que se impõe a aferição do maior número possível de variáveis constitutivas dos elementos que em regra são objeto de discussão judicial envolvendo concessionárias de serviços públicos – no caso discuto a

⁴⁶³ Conforme disciplina MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 480.

⁴⁶⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 58-59.

⁴⁶⁵ Ver, neste sentido, o trabalho de DUGUIT, León. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Fontemoing, 1980, p.391. O STJ há muito tempo no Brasil tem reiteradamente sustentado que *a concessão é apenas a forma tradicional de gestão de serviço público, não podendo ser entendida como meio de transferência de competência, gerador de poder de exclusão*. In STJ – Ac. Un. da 1ª T., pub. em 19/06/95, REsp. 35.891-4- MG – Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO – DER/MG x Múcio Ozair Costa Alves.

concessão de rodovias –, com critérios objetivos e compromissados com aquela relação contratual tripartite e complexa.

Mas quais os parâmetros e variáveis, então, que deverão ser adotados pelo Estado-Juiz para o enfrentamento da questão, considerando os impactos econômicos e sociais que dizem à espécie?

Em caso específico no qual se discutiam as questões ventiladas no ponto, o Estado-Juiz trouxe à colação argumentos doutrinários interessantes e pertinentes à lide⁴⁶⁶:

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de regulação ou concessão difere do contrato de construção de um prédio público ou prestação de um serviço contratado pelo Estado. No contrato de concessão a receita de equilíbrio é objetivamente expressa pela equação:

receita de equilíbrio = custos operacionais eficientes + remuneração do capital prudentemente investido

Este modelo permite repassar para o consumidor ganhos de eficiência conquistados pela concessionária, como resultado da combinação de política tarifária com manutenção de serviço adequado.

A manutenção do equilíbrio financeiro do contrato é um conceito bifacial de direito público e privado que não garante um nível perpétuo de rendimento do capital investido pela concessionária. Num período de adversidade econômica, é admissível ao poder concedente rever o nível de tarifa e fixar menor taxa de rendimento. Na circunstância, cabe ao concessionário adequar os seus custos à nova configuração tarifária.

... A experiência de mudança na taxa de retorno do capital é inerente ao contrato de concessão. O que o contrato garante é um retorno em linha abaixo da qual é impossível a continuidade do serviço com qualidade mínima aceitável. Se isso acontece, aí o governo poderá assumir parte dos encargos do negócio porque a sua manutenção, mesmo com alguma ineficiência, passa a ser do interesse da sociedade consumidora. Mas a ineficiência tolerada não pode ser confundida com ineficiência gerencial" (Antonio Fonseca, artigo ***Tarifa de Transportes Aéreos: Uma Abordagem Jurídica do Equilíbrio Econômico dos Contratos de Permissão***).

Em contratos desta natureza, a chamada Taxa Interna de Retorno – TIR, não é algo que pode se impor de forma aleatória ou mesmo sem critérios

⁴⁶⁶ Estou utilizando, a título exemplificativo, o caso que envolve os autos nº2004.70.00.039113-6/PR, da 5ª Vara da Fazenda Federal, de Curitiba.

objetivos, pelo contrário, geralmente ela vem delimitada contratualmente. Ocorre que a passagem do tempo – notadamente em contratos desta natureza que, em regra, tem prazos longevos de duração – é paradigmática em face mesmo dos critérios elencados à densificação pecuniária da TIR, pois eventuais parâmetros adotados no pretérito podem se afigurar como abusivos ou deficitários (a quem?).

O que se precisa ter em conta é que a TIR não pode ser sobreposta ao núcleo de excelência motivacional da concessão que é o atendimento de um interesse público indisponível: o atendimento das demandas comunitárias envolvendo tais serviços. E é esta comunidade- na figura jurídica do usuário – que não pode ser onerada de forma demasiada para atender uma expectativa de lucro da concessionária.⁴⁶⁷

Ora, considerando os critérios objetivos e subjetivos que estão a informar a definição da TIR, é razoável que se exija que ela tenha relação de conformidade à realidade histórica e presente que a constitui, evidenciando – dentre outros fatores – o custo real da prestação do serviço (não meramente histórico-nominal), até para se avaliar a possibilidade de configurar eventual deflação de indicadores e mesmo redução de tarifas.

É interessante levar em consideração a advertência de Claudia Peano, ao sustentar que a adoção do critério da TIR para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, quando descolado da relação real entre perspectiva de rendimento e realidade em que ele se dá, não raro tem gerado maior vulnerabilidade em termos de ineficiências e sobre-investimento (efeito

⁴⁶⁷ No caso referido, a TIR da proposta comercial era de 16,95%, tendo sido concebida em 1996/97, quando os juros no país equivaliam a quase o triplo dos atualmente praticados. Porém, quando da decisão judicial, a SELIC estava fixada em 13,65%, ao passo que, quando o contrato foi firmado, ela estava em 39,87% ao ano, conforme tabela histórica do Banco Central do Brasil em www.bcb.gov.br/?COPOMJUROS. Questiona a julgadora, acertadamente que: *Os juros atuais são quase 300% inferiores aos praticados na época da concepção do projeto (13,65 x 3.0 = 40,95), parece curioso que a mesma Taxa de Retorno deva, sem qualquer decréscimo, ainda hoje ser esperada – e com a exatidão de decimais pretendida.*

"Averch-Johnson"), induzindo à dependência do Poder Concedente com relação às informações de custo fornecidas pelas empresas (assimetria de informação).⁴⁶⁸

A própria opinião pública opera aqui como controle social da atividade concedente e inclusive sobre suas possibilidades tarifárias, haja vista, por exemplo, no estudo do caso descrito, a opinião de articulista jornalístico do Estado do Paraná, ao sustentar que:

*Se os valores de balanço forem levados ao fluxo de caixa mês a mês, e projetando-se a redução de gastos que as concessionárias admitem nos mencionados balanços, a decorrência natural é a redução da tarifa. Isto porque, em havendo menos saídas de caixa, aumentará, sem dúvida, a taxa de remuneração. E como a remuneração já está fixada (e é alta) o contrato será novamente equilibrado, tão somente através da redução da tarifa.*⁴⁶⁹

Associa-se diretamente a essa abordagem o tema não menos polêmico da nominada *modicidade da tarifa* dos serviços públicos, que, enquanto política pública de remuneração do serviço, vem marcada pela natureza estatal do seu regime jurídico de alocação⁴⁷⁰, principalmente porque não pode se distanciar da garantia do acesso ao serviço, considerando, principalmente, o fato de que o próprio serviço público tem relação umbilical com os Direitos Fundamentais da coletividade de ver atendidas suas demandas através de prestações positivas do Estado.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ PEANO, Claudia De Rosa. Regulação Tarifária do Setor de Distribuição de Energia Elétrica no Brasil: Uma Análise da Metodologia de Revisão Tarifária Adotada pela ANEEL. In www.iee.usp.br/biblioteca/producao/2005/Teses/Tese_Claudia.pdf, citado pela autora da decisão judicial sob comento.

⁴⁶⁹ Artigo do economista Sérgio Guimarães Hardy, citado pela autora da decisão comentada.

⁴⁷⁰ Estou adotando aqui a compreensão de que a tarifa (preço público) dos serviços públicos se subordinam a regime jurídico público, de Estado, com todas as consequências que isto acarreta, concordando com MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, o que me faz dar relevo também ao critério formal definatório de serviço público – a despeito de que não somente ele se imponha no particular.

⁴⁷¹ Lembro da advertência de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.368, quando aduz que um

É óbvio que a tarifa, enquanto fator de remuneração do concessionário, sujeita-se também às regras de mercado, oferta, procura, volume de serviço prestado, etc., todavia, tem, na dimensão contraprestacional sujeito de direito que é parte da relação contratual entabulada (o usuário do serviço), razão pela qual se impõe ao órgão regulador do serviço atenção permanente no sentido de equacionar a todo o tempo as cláusulas econômico-financeiras levando em conta tanto os interesses firmados no instrumento contratual, como os relacionados à comunidade para a qual o serviço existe.

Em face disso, resta explícita a relação que qualquer serviço público tem para com os valores, objetivos e finalidades da Constituição, devendo persegui-los na medida de suas forças, pois foco neural de toda a atividade pública, o que deve se refletir, pois, em todas as suas políticas públicas, dentre as quais as tarifárias de serviços prestados.⁴⁷²

Em termos materiais, vale a lembrança doutrinária de que *a tarifa, enquanto elemento de uma política pública* é, por natureza, um conceito de preço módico e ao mesmo tempo função de serviço adequado, receita de equilíbrio e eficiência. Antítese do lucro arbitrário ou excessivo, a receita de equilíbrio como produto da tarifa módica proporciona a cobertura dos custos atuais e específicos do serviço, mais uma margem ou taxa de retorno suficiente a remunerar ou premiar razoavelmente o capital investido.⁴⁷³

aspecto verdadeiramente nuclear, sob o ponto de vista da constituição dirigente, é o da dependência legal dos direitos fundamentais que pressupõem prestações do Estado.

⁴⁷² Daqui minha divergência respeitosa à assertiva de SUNDFELD, Carlos Ari. *A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações*. In SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.320, de que: *A política tarifária, insista-se, é determinada pela lei, e não pela Constituição. Assim, cabe à lei escolher entre as possíveis opções no tocante à regulação dos preços*. Ocorre que as possíveis opções no tocante à regulação dos preços têm de ser conforme a Constituição, pelas razões já expostas.

⁴⁷³ FONSECA, Antonio. *Tarifa de Transportes Aéreos: Uma Abordagem Jurídica do Equilíbrio Econômico dos Contratos de Permissão*. www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/tarifa%20transportes%20a%E9reos.htm, citado pela decisão judicial sob comento. Com base nestes raciocínios é que a decisão do Estado-Juiz propôs, dentre outras medidas, a da flexibilização da TIR, usando: *do fator de*

produtividade (percentual fixo), combinado com algum indicador econômico (fator móvel), e eventualmente com índice de variação de custos não gerenciáveis. Por exemplo, assegurar à concessionária retorno composto pela SELIC combinada com Fator X (SELIC mais fator de produtividade).

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Elaine Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- ABRESCIA, Michele. *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità tra generazioni*. Roma: Daltrice, 2007.
- ADLER, Matthew D. & POSNER, Eric A. *Cost-Benefit Analysis: Economic, Philosophical, and Legal Perspectives*. Chicago: Chicago University Press, 2000.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. 798, (2002): 23-50.
- , *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1(2003): 607-630.
- AGUILAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. In Yale Law Journal, n°96, 1987.
- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. T.1. Milano: Giuffrè, 1970.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.
- , *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. *Negociando a reforma: a privatização das empresas públicas no Brasil*. In Revista Dados, v.42, n.3, 1999.
- ALMOND, Gabriel. *The civic culture: political attitudes and democracy in five countries*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- ALPA, Guido e BESSONE, Mario. *Tecnica e controllo dei contratti standard*. Rimini: Maggioli Editore, 1994.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. São Paulo: Coimbra, 1997.
- ARANGO, Rodolfo. *Derechos, Constitucionalismo y Democracia*. Colombia: Universidad Esternado de Colombia, 2004.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- ARENA, Gregorio. *Cittadini Attivi*. Roma: Laterza, 2006.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- ARIDA, Pêrsio. *A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma*. In Revista Direito GV, n°1, vol.1. São Paulo: FGV, 2005.
- ARNOLD, Paul. M. *Conservative Crisis and the Rule of Law*. Ithaca: Cornell University Press, 2006.

- ARONE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARTHUR, John. *The unfinished Constitution: philosophy and constitutional practice*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1989.
- AUCOC, Louis. *Conférences sur l'administration et le droit administrative*. Gallimard: Paris, 1998.
- AVELÂS NUNES, António José. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AZEVEDO, Filadelfo. *Destinação do imóvel*. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 1957.
- BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BECKER, Gary S. *A Treatise on the Family*. Cambridge: MA, Harvard University Press, 1991.
- . *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- BEN-DOR, Oren. *Constitutional Limits and the Public Sphere*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BENVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- BERLE JR., Adolf A. *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.
- BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New York: Macmillan, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BLAUG, M. *The Methodology of Economics – or how economists explain*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, e DENIS, A. *Some notes on methodological individualism: orthodox and heterodox views*. Stirling Centre For Economic Methodology. October, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORDA, Guillermo A. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

BORON, Atilio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

BOWLES, Roger. *Diritto e Economia*. Bologna: Il Mulino, 2005.

BOYNTON, Brian. *Democracy and distrust after twenty years: Ely's process theory and constitutional law from 1990 to 2000*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

BRANCA, Giuseppe. *Della Proprietà* (arts. 957-1099). Bolonha: Zanichelli, 1957.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O Estado na Economia Brasileira*. In <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1977/77.EstadoEconomiaBrasileira.pdf>, acessado em 19/01/2009.

BURT, Robert A. *The constitution in conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

CABELLERÍA, Marcus Vaquer. *La acción social: un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho*. Valencia: Instituto de Derecho Público, 2004.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Volume V, II. Coimbra: Almedina, 1991.

CALABRESI, Guido e BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation on tragically scarce resources*. London: Bustray & Norton, 2001.

CALABRESI, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilita civile: analisi economico-giuridica*. Milano: Giuffrè, 1975.

-----, *A common Law for the age of statutes*. Cambridged: Harvard University Press, 1985.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais*. In Boletim da Faculdade de Direito.Coimbra, v. 9, 1993.

-----, *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

-----, *Direito Constitucional Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

-----, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

-----, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantia del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CAROSSELI, Antonio. *Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione*. In T.A.R., 2000.

CARRIÓ, Genaro. *Princípios Jurídicos e Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Verbetes Encravamento*, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsói, s/d, vol. XX.

CASSESE, Alberto. *I Diritti umani oggi*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

CASSESE, Sabino. *As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XX*. In Revista Direito Público, vol. 24. Porto Alegre: Nota Dez, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CERULLI IRELLI, Paolo. *Corso di Diritto Amministrativo*. Torino: Il Mulino, 2000.

COASE, Ronald Henry. *Essays on Economics and Economists*. Chicago: University Chicago Press, 1984.

----- *The problem of social cost*. In Journal of Law and Economics. 3(1), 1. 1960.

----- *The Nature of the Firm*. In: *Economica*, Vol. 4, No. 16, pp. 386-405, November, 1937.

COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. In Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. Berkeley: University of California. Julho de 2007.

COLOMBO, Carlos Alberto. *Os Julgamentos do Supremo Tribunal Federal: Violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política*. In Revista Ajuris. Porto Alegre: AJURIS, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Proteção ao Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico*. In Revista de Direito Mercantil, ns.15/16, ano XIII, 1994.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

COOTER, Robert. *Bargaining in the Shadow of the Law*. New York: Oxford University Press, 1982.

----- *The Cost of Coase* (1982). In: Katz, A. W. *Foundations of Economic Approach to Law*. New York: Oxford University Press. P. 150-154. 1998.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Coimbra: Porto, 1987.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *O Direito brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. In Revista de Informação Legislativa nº97, abril-março/88, 1988.

CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DA MATTA, Roberto. *Notas sobre o racismo à brasileira*. In SOUZA, Jessé (organizador). *Multiculturalismo e racismo. Uma comparação Brasil – Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997.

DANTAS, Santiago. *O Conflito de Vizinhaça e sua Composição*. Rio de Janeiro: Globo, 1939.

DE LA TORRE, Sanches. *Los principios clásicos del derecho*. Madrid: Paidós, 1981.

DELFINO, Lúcio. *Jurisprudência e o fumo: Uma guinada em prol dos interesses do fumante*. In <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=29646>, acessado em 12/02/2009.

DEMSETZ, Harold. *From Economic Man to Economic System: Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DENOZZA, Francesco. *Norme Efficienti – L'analisi economica del diritto*. Roma: Giuffrè, 2002.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonada, 2002.

DERBLI, Felipe. *Proibição de Retrocesso Social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988*. In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI LORENZO, Italo. *Diritto Urbanistico*. Turim: UTET, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor – Conceito e Extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DUGUIT, León. *Las Transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento, 1960.

-----, *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.

DUTRA, Pedro (org.), *A Concentração do Poder Econômico: Jurisprudência Anotada*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, e MATTOS, César (org.), *A Revolução Antitruste no Brasil – A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*. São Paulo: Singular, 2003.

DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. New York: Macmillan, 1990.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

-----, *Life's Dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 2003.

-----, *Tomando los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

ECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behaviour*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

ELSTER, John. *Rational choice*. Nova York, New York University Press, 1986.

ENGEL, Christoph & GERENZER, Gerd. *Heuristics and the Law*. Boston: MIT Press, 2006.

ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

ENTERRÍA, Eduardo García. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol.I.. Madrid: Técno, 1990.

-----, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Técno, 1981.

ESPINOLA, Eduardo. *Posse – Propriedade – Condomínio – Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ETCO. *Análise Justiça*. São Paulo: Análise Editorial, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FAERMAN, M. *Perto do Colapso*. In Revista Problemas Brasileiros, Janeiro/Fevereiro de 1998.

FALZONI, Luigi Alberto. *Introduzione all'economia del diritto*. Roma: Il Mulino, 2003.

FARIA, José Eduardo. (organizador). *Regulação, Direito e Democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FAULKNER, David. *Public Services, Citizenship and the State*. Oxford: Claredon, 2001.

FEREJOHN, John & PASQUINO, Pasquale. *A Teoria da Escolha Racional na Ciência Política: Conceitos de racionalidade em teoria política*. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. ISSN 0102-6909. vol.16, n°.45, Fevereiro de 2001. São Paulo: RBCS, 2001.

FERRO, Marcelo Roberto. *A Propriedade Privada no Código de Napoleão*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 70, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

-----, *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2000.

FISCUS, Ronald J. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. London: Duke University Press, 2002.

FISS, Owen M. *The History of the Supreme Court of the United States, Vol. 8: Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910 (Oliver Wendell Holmes Devise History... Supreme Court of the United States) (v. 8)*. New York: Cambridge University Press, 2006.

FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. *A nova escola de Chicago e as modalidades de regulação: Tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro*. In <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-09>, p.07, acessado em 30/12/2008.

FONSECA, Antonio. *Tarifa de Transportes Aéreos: Uma Abordagem Jurídica do Equilíbrio Econômico dos Contratos de Permissão*. [www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/tarifa%20transportes%20a%E9r eos.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/tarifa%20transportes%20a%E9r%20eos.htm).

FORNSWORTH, Allan. *Contracts*. London: Aspen Publishers, 2006.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*. In Separata do vol. XXXVIII, do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994.

FRADERA, Vera Jacob de. *Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor: uma abordagem clássica*. In

Revista de Direito do Consumidor, vol.52, outubro/dezembro de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRANCO, Gustavo H. B. *Celebrando a Convergência*. In <http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/Prefacioeconomia.htm>, acessado em 08/01/2009.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.) *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

FRIEDMAN, Daniel. *Law'Order: what economy has to do with Law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

----- *Morals and Markets: An Evolutionary Account of the Modern World*. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

----- *L'ordine del diritto, Perché l'analisi economica può servire al diritto*. Bologna: il Mulino, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Catedra, 1997.

----- *El problema da la conciencia histórica*. Madrid: Tecnos, 1995.

----- *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GALAMBOS, Louis. *The new American State: bureaucracies and policies since world war II*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GALINDO A. & MICCO, A. *Creditor Protection and Financial Cycles*. In Working Paper nº448, Inter American Development Bank, 2001.

GANDOLFO, Orlando Carlos. *Limitações da propriedade*. In Revista dos Tribunais, vol.421. São Paulo: RT, 1970.

GENN, Harold. *Administrative Law and Government Action*. Oxford: Clarendon Press, 2004.

GIL, Jose Luis Meilán. *Progreso Tecnológico y Servicios Públicos*. Madrid: Civitas & Thomson, 2006.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 64, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002.

GONÇALVES, Everton. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. In <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-01>, acessado em 12/01/2009.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951.

----- *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Limonad, 1956.

GORGA, Érica. *Common Law é mais eficiente do que a civil Law? Considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica*. In ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. In Direito & Economia.

GRASSERIE, Raoul de. *Principios sociológicos del derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1908.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

----- . *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Grundrecht im Leistungsstaat*. In VVDSTRL, 30 (1972).

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.

----- . *Postscript to Between Facts and Norms*. In New York University Law Journal, E. 154. New York University Press, sep. 2004.

HACKER, Jacob S. *The Divided Welfare State: The Battle over Public and Private Social Benefits in the United States*. New York: Cambridge University Press, 2002.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1971.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. Paris: Dalloz, 1993.

HAYEK, Friedrich A. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. 03 volumes. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.

----- . *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960;

--- . *Individualism and Economic Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1987.

HERVADA, Javier. *Qué es el Derecho?* Navarra: Ediciones Universitarias, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics: An Introductory Analysis*. Los Angeles: Academic Press, 2007.

HOLMES Jr., Oliver. *The Common Law*. New York: Macmillan, 2000.

HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Douglas and McIntyre Ltda., 1996.

<http://inovabrasil.blogspot.com/2008/06/robert-sherwood-analisa-lei-de-inovao.html>, acessado em 13/01/2009.

<http://www.bcb.gov.br/SISBACEN>, acessado em 18/02/2009.

http://www.ih.com.br/prt_cn_juridico.php?Ntx_id=1079, acessado em 13/01/2009.

<http://www.jornaldaordem.com.br/noticia>, acessada em 29/01/2009.

<http://www.serasa.com.br/serasa>, acessado em 18/02/2009.

<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/cadin/index.asp>, acessado em 18/02/2009.

HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Guanabara, 2002.

HUNTLEY, Lynn & GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

- INVERNIZZI, Gabriela. *Substância nociva – Souza Cruz é condenada a indenizar família de fumante*. Revista Consultor Jurídico, 2007. In <http://www.conjur.com.br/>.
- JAPIASSU, Hilton. *Nascimento e Morte das Ciências Humanas*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.
- JÉZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- JORI, Mario. *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*. In FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008.
- JOSSERAND, August. *De L'Esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Ginevre, 1939.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven. *Fairness versus welfare: notes on the Pareto principle, preferences and distributive justice*. New York: Random House, 2006.
- KELMAN, Mark. *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1987.
- KELSEN, Hans. *What is Justice?* Los Angeles: University of California Press, 1997.
- KENNEDY, David. *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: a critique*. In Stanford Law Review, vol.33, 1981.
- KORNHAUSER, Lewis. *Sequential decisions by a single tortfeasor*. New York: Preuss, 2000.
- KÜMPEL, Siegriffr. *Proteção do Consumidor no Direito Bancário e no Direito de Mercado de Capitais*. In Revista de Direito do Consumidor, vol.52, outubro/dezembro 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LANGDELL, Christopher Columbus. *A Brief Survey of Equity Jurisdiction: Being a Series of Articles Reprinted from the Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. *A Efetivação do Direito à Saúde – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades*. In Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Vol.6. LEAL, Rogério Gesta & REIS, Jorge Renato dos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.
- , *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- , *Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- , *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

-----. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

-----. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

-----. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, n. IV, Santa Cruz do Sul, 2004.

-----. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEFÈBVRE, Henry. *The production of space*. London: Blackwell, 1992.

LEFF, Henrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

LIMA, RUY CIRNE. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Contratual e Constituição*. In <http://jusvi.com/artigos/44>, acessado em 05/02/2009.

LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de Direito Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2000.

MACHADO NETO, A. L. *O problema da ciência do direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1978.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACNEIL, Ian. & CAMPBELL, David. *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian MacNeil (Modern legal studies)*. New York: Paperback, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos na ordem jurídica interna*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais*. In Revista AJURIS, vol.52. Porto Alegre: AJURIS, 1991.

-----. *Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual*. In Revista Ajuris, vol.100. Porto Alegre: AJURIS, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. *Revista Direito GV*, São Paulo: v. 1, n. 1, maio de 2005.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Max Limonad, v. 2, 1960.

MASTEN, Scott E. *Case Studies in Contracting and Organization*. New York: Oxford University Press, 2001.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Volume II. Berlim: Vherlang, 1994.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEDEMA, S. G. *Chicago Law and Economics*. In Social Science Research Network (SSRN). Denver, jun. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=560941>>Acessado em 20/06/2007.

MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Max Limonad, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

-----, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

-----, *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MERCURO, N., e MEDEMA, S. G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MINDA, Gary. *Teoria postmoderne del diritto*. Roma: Il Mulino, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Reforma do Judiciário: perspectivas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MIRRA. *Princípios fundamentais do direito ambiental*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo, 1996.

MORAES, Voltaire de Lima. *Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. In Revista AJURIS, vol.74. Porto Alegre: AJURIS, 1998.

MORAM, Maria Regina Pagetti. *Função social e legitimidade à atribuição do direito de propriedade*. Franca: Revista de Estudos Jurídicos UNESP. 1998.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MUELLER, Bernardo. *Direitos de Propriedade na Nova Economia das Instituições e em Direito & Economia*. In *Direito & Economia*. ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel (organiz.). São Paulo: Campus, 2005.

NAPOLITANO, M. ABRESCIA. *L'analisi economica del diritto pubblico*. Bologna: Il Mulino, 2008.

NETO, Eugênio Facchini. *A função social do direito privado*. In Revista AJURIS, vol.105, março de 2007. Porto Alegre: AJURIS, 2007.

NEVES, Castanheira. *Digesta*. 2º volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NICHOLAS, Barry. *An Introduction to Roman Law*. New York: Oxford University Press, 1975.

NORTH, C. D. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

-----, *Structure and Change in Economic History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviço Público: Conceito e Delimitação na Ordem Constitucional*. In Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de (não) fumar: uma abordagem humanista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

OLIVEIRA, José Lamartine e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno*. Londrina: UEL, 1998.

p.58.

PACCAGNELLA, Luiz Henrique. *Função sócioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal*. São Paulo: RT Direito Ambiental. Vol 8. 1997.

PALOMBELLA, Luigi. *Diritto e giustizia intergenerazionale*. Milano: Daltrice, 2007.

PARETO, Wilfredo. *Manual de Economia Política*. V. 1. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

----- . *The Rise and Fall of Elites: An Application of Theoretical Sociology*. New Jersey: Transaction Publisher, 1991.

----- . *The Transformation of Democracy*. New York: Macmillan, 1990.

PASTORE, Karina e BUCHALLA, Anna Paula. *A Marca da morte nos cigarros*. Revista VEJA, Edição nº1.735 (2002). Disponível no site <http://www.veja.com.br/>.

PEDRO, Valéria, et al. *Discriminação no mercado de trabalho*. Disponível em www.armazemdedados.rio.rj.gov.br/, acessado em 13/01/2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

PÉREZ, Jesus González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINHEIRO, Armando C. *A Visão dos Juízes sobre as Relações entre o Judiciário e a Economia*. artigo apresentado no seminário “Reforma do Judiciário: Problemas, Desafios e Perspectivas”, promovido pelo IDESP, São Paulo, 27 de abril de 2001. Cópia xerográfica.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica*. In www.ifb.com.br/download.php?tindex=estudos&id=14, acessado em 14/01/2009.

----- . *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados*. In http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf, acessado em 08/01/2009.

----- . *O componente judicial dos spreads bancários*. Paper apresentado no curso de Mestrado em Poder Judiciário, da FVG-RIO, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PLOTT, Charles e LITTLE, James. *Individual choices when objects have ordinal properties*. In *Review of Economic Studies*, vol.42. New York: Macmillan, 1985.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 2ª edição. Boston: Little, Brown & Co., 1977.

-----, *The problems of Jurisprudence*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1993.

-----, *Frontiers of Legal Theory*. Boston: Harvard University Press, 2004.

-----, *How Judges Think*. Boston: Harvard University Press, 2001.

-----, *Overcoming Law*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1995.

PRZEWORSKY, Adam. *Estado e Economia no Capitalismo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè, 1994.

REALE, Miguel. *A Função Social do Contrato*. In *Jornal O Estado de São Paulo*, edição de 22.11.2003.

-----, *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2002.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

RORTY, Richard. *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979.

ROSA, Alexandre Morais da & LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumes Júris, 2009.

ROSEMBERG, José. *Nicotina. Droga universal*. São Paulo: SES/CVE, 2003.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SADEK, Maria Tereza (organizadora). *A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: Resultados da Pesquisa Quantitativa*. In *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Rio de Janeiro: Editora Sumaré, 1995.

SANDULLI, Armando Mantinni. *Stato di Diritto e Stato Sociale*. Napoli: Giappichelli, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reivindicar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In *Os sentidos da democracia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Os alimentos no novo Código Civil*. In *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 16 – JAN-FEV-MAR/2003.

SARLET, Ingo W. *O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. Publicado na *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* Vol. 17 – 1999.

-----, *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SAVIGNY, Fredrich Carl. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Turim: Daltricce, 1960.

SCOTTI, Ernesto. *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*. Padova: Giuffrè, 2003.

SEN, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

-----, *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SERRANO, Rafael de Agapito. *Estado Constitucional y Proceso Político*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

-----, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luís Renato Ferreira. *Causas de revisão judicial dos contratos bancários*. In Revista AJURIS, vol. Especial nº02. Porto Alegre: AJURIS, 1998.

SILVA, Rafael Egídio Leal. *Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos*. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 37, ano 9, out./dez. 2001.

SIMON, Herbert A. *Reason in Human Affairs*. Stanford: Stanford University Press, 1983.

SMEND, Rudolf. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Civitas, 1990.

SMITT, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Princeton: Princeton University, 1995.

SPENGLER, Marion. Fabiana. *Alimentos – da ação à execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações*. In SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, C. & HOLMES, S. *The Cost of Rights: why liberties depends on taxes*. New York: Macmilann, 2004.

SUNSTEIN, Cass. R. *Behavioral Law and Economics (Cambridge Series on Judgment and Decision Making)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

SZTAJN, Raquel e AGUIRRE, Basília. *Mudanças Institucionais*. In In Direito & Economia. ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel (organiz.). São Paulo: Campus, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Prisão Civil e Penal e 'Execução Indireta' – A Garantia do Art. 5º, LXVII, da Constituição Federal*. In Revista de Processo, São Paulo, 23(92)37-51, out./dez. 1998.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *In Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAYLOR, Mathew. M. Citizens against the State: The Riddle of High Impact, Low functionality Courts in Brazil. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 25, n. 4. 2005.

TEBBIT, Mark. *Philosophy of Law: An Introduction*. New York, Routledge, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. *A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro*. In *Revista de Direito do Consumidor*, vol.43, julho/setembro de 2002. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol.306, 2005.

TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca. *Direito, Mercado E Função Social*. In *Revista Ajuris*. Vol.103. Porto Alegre: Ajuris, 2006.

TRIBE, Laurence H. & DORF, Michael C. *Leggere la Costituzione*. Roma: Il Mulino, 2005.

TVERSKY, A. e KAHNEMAN, D. *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*. (1981). In: Katz, A. W. *Foundations of Economic Approach to Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized*. New York: Verso, 1998.

VANOSI, Jorge Roberto. *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária: o direito face aos novos conflitos sociais*. Leme: Editora de Direito, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2002.

-----, *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.

VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

VIGO, Rodolfo. *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

VIVANCO, Antônio Carlos. *Teoria de Derecho Agrário*. México: Porrúa, 1997.

WALD, Arnold. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

-----, *O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. In *Revista dos Tribunais*. Vol.666. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Os Contratos bancários e o Código de defesa do Consumidor*. In *Revista de Direito do Consumidor*. Vol.18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WARAT, Luiz Alberto. *Utopias, conceitos e cumplicidades na interpretação da lei*. In *Introdução ao Estudo do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

WEISS, Fernando Lemme. *Lei das Concessões: o monopólio nos transportes rodoviários e outros aspectos*. In *Revista Jurídica*. nº 235. MAI/1997. Porto Alegre: Síntese, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

WHITE, Edward G. *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*. New York: Oxford University Press, 2003.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

WITTMAN, Donald A. *Economic Analysis of the Law: Selected Readings*. Massachusetts: Blackwell Publishers, 2007.

WORLD BANK. *The State in a changing World*. In World Development Report 1997. New York: Oxford University Press, 1997.

www.fgaia.org.br/texts/t-precau, acessado em 08/05/2006.

www.fgaia.org.br/texts/t-precau, acessado em 08/05/2006.

ZERBE, Richard O. *A foundation for Kaldor-Hicks efficiency in law and economics: on the kindness of strangers*. Los Angeles: Partonn Publischer, 2000.

ZOLO, Danilo. *Liberta, proprietà Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*. In Diritti Fonamentali: un dibattito teorico. Roma: Laterza, 2008.

ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. In Direito & Economia. ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel (organiz.). São Paulo: Campus, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel. *Economia dos Contratos*. In Direito & Economia. ZYLBERSZTAJN, Decio & SZTAJN, Rachel (organiz.). São Paulo: Campus, 2005.